

ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ
(Coordinación)

LOS MENORES
EN EL DERECHO
ESPAÑOL


tecnos

Diseño de cubierta:
Taller Universo: J. Serrano y M. Á. Pacheco

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© SALOMÉ ADROHER BIOSCA, FUENCISLA ALCÓN YUSTAS, M.ª ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ, VIOLETA ASSIEGO CRUZ, MYRIAM CABRERA MARTÍN, SARA DÍEZ RIAZA, JOSÉ JAVIER EZQUERRA UBERO, LIGIA FLORES ESCOBAR, BLANCA GÓMEZ BENGOCHEA, CRISTINA GORTÁZAR ROTAECHE, JUAN IGNACIO GRANDE ARANDA, ISABEL LÁZARO GONZÁLEZ, M.ª JOSÉ LÓPEZ ÁLVAREZ, CLARA MARTÍNEZ GARCÍA, CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ, FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, JAVIER MORENO ALEMÁN, JULIÁN RÍOS MARTÍN, JOSÉ M.ª RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, MARTA SAINZ TORRES, MERCEDES SANTAMARÍA PASTOR, ALBERTO SERRANO MOLINA, SARA SIEIRA MUCIENTES y ANA SOLER PRESAS, 2002.

© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2002
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 84-309-3814-1
Depósito Legal: M. 18.540-2002

Printed in Spain. Impreso en España por Fernández Ciudad, S. L.

AUTORES

**Salomé ADROHER BIOSCA
Fuencisla ALCÓN YUSTAS
M.ª Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ
Violeta ASSIEGO CRUZ
Myriam CABRERA MARTÍN
Sara DíEZ RIAZA
José Javier EZQUERRA UBERO
Ligia FLORES ESCOBAR
Cristina GORTÁZAR ROTAECHE
Juan Ignacio GRANDE ARANDA
Isabel LÁZARO GONZÁLEZ
M.ª José LÓPEZ ÁLVAREZ
Clara MARTÍNEZ GARCÍA
Concepción MOLINA BLÁZQUEZ
Federico MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
Javier MORENO ALEMÁN
Julián RÍOS MARTÍN
José M.ª RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS
Marta SAINZ TORRES
Mercedes SANTAMARÍA PASTOR
Alberto SERRANO MOLINA
Sara SIEIRA MUCIENTES
Ana SOLER PRESAS**

**Colaboradora:
Blanca GÓMEZ BENGOCHEA**

COORDINACIÓN

Isabel LÁZARO GONZÁLEZ

C)	El proceso de adopción internacional	416	4.	I
a)	La mediación en los procesos de adopción internacional	417	.	
b)	Procedimiento de adopción internacional en el país de acogida del menor...	418)	
a')	La información	418	(
b')	La idoneidad	420	5.	I
c')	Certificado de idoneidad	423	,	
d')	Certificado de no-idoneidad	424)	
e')	Elección de la Entidad Colaboradora de Adopción Internacional....	425	6.	(
c)	Procedimiento de adopción internacional en el país de origen del menor ..	427	II.	MEN
a')	La adoptabilidad del menor.....	427	1.	I
b')	La asignación	427	c	
c')	Viaje y formalización	430	2.	I
D)	Constitución de la adopción y Registro Civil	430)	
a)	Reconocimiento de la adopción constituida ante Autoridad extranjera ...	431	3.	I
a')	Registro Civil competente para efectuar la inscripción y procedi- miento registral.....	433	,	
b')	Verificación de la realidad del hecho y de su no contradicción con la legislación española.....	434)	
b)	Adopción constituida por Autoridad española	444	III.	MEN
a')	Adopción consular	444	1.	(
b')	Adopción judicial	445	2.	I
E)	Derecho de nacionalidad y extranjería española y adopción internacional	447)	
a)	Adopción y nacionalidad	447	(
b)	Derecho de extranjería y adopción internacional	448	3.	E
F)	La etapa postadoptiva	450	,	
a)	Los informes de seguimiento.....	450)	
b)	La adaptación: el riesgo al fracaso	451	(
3.	Aspectos penales.....	452		
CAPÍTULO V: MENORES EN SITUACIONES DE CONFLICTO		456		I
I.	MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.....	456		
1.	Introducción.....	456		
A)	Los menores extranjeros no acompañados: un fenómeno emergente.....	457		
B)	Características del colectivo	457		E
C)	Líneas de intervención	459		
D)	Concepto de menor extranjero no acompañado.....	460		
2.	Minoridad y desamparo del menor extranjero no acompañado	461		F
A)	La minoridad del menor extranjero no acompañado	461		(
a)	Ley aplicable a la minoridad	461		
b)	Prueba de la minoridad y de la identidad	461		
c)	El Registro estatal de menores extranjeros no acompañados	463		
B)	El desamparo del menor extranjero no acompañado	464		
a)	La tutela administrativa de los menores extranjeros desamparados	464		
b)	La posible emancipación de los menores extranjeros no acompañados...	464		
3.	La extranjería del menor extranjero no acompañado	466		
A)	Régimen general	466		IV.
a)	Entrada ilegal del menor detectada en frontera	467	1.	L
b)	Menor localizado dentro del territorio español	467	2.	E
a')	Repatriación	467		A
b')	Tutela administrativa	468		
c')	Prohibición de expulsión	469		
B)	Régimen de asilo.....	469		
a)	Derecho a la vida familiar	470		
b)	Procedimiento de asilo	470		
C)	Régimen de comunitarios	471		E

416	4.	<i>Derechos de los menores extranjeros no acompañados</i>	471
417	A)	Derecho a la educación	471
418	B)	Derecho a la asistencia sanitaria	472
418	C)	Derecho a los servicios y prestaciones sociales	473
420	5.	<i>Derecho de nacionalidad y menores inmigrantes no acompañados</i>	473
423	A)	Atribución de la nacionalidad española	473
424	B)	Adquisición de la nacionalidad española	474
425	6.	<i>Consideraciones finales</i>	475
427	II.	MENORES REFUGIADOS	475
427	1.	<i>La protección internacional del menor refugiado: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951</i>	475
430	2.	<i>El menor refugiado en la normativa de la Unión Europea: especial referencia a las medidas previstas en el nuevo Título IV del TCE</i>	478
430	3.	<i>El menor refugiado en la legislación interna española</i>	484
431	A)	Breve referencia al procedimiento para la obtención del estatuto de refugiado...	484
433	B)	Menores refugiados incluidos en la solicitud de asilo de los padres y menores refugiados en situación de desamparo	486
434	III.	MENORES EN CONFLICTO CON LA JUSTICIA: EL MENOR INFRACTOR	487
444	1.	<i>Consideraciones preliminares</i>	487
444	2.	<i>Destinatarios de la Ley</i>	490
445	A)	Menores entre catorce y dieciocho años	490
447	B)	Menores de catorce años	491
447	C)	Jóvenes entre los dieciocho y veintiún años	491
448	3.	<i>El proceso penal de menores</i>	493
450	A)	Nociones generales	493
450	B)	Jurisdicción y competencia	493
451	C)	Partes	495
452	a)	Los menores imputados	495
456	b)	El Ministerio Fiscal	496
456	c)	El actor civil	497
456	D)	Procedimiento	497
456	a)	Instrucción	497
456	b)	Fase Intermedia	502
457	c)	Fase de Audiencia	502
457	d)	Sentencia	503
459	E)	Recursos	503
460	a)	Apelación y reforma	503
461	b)	Casación para la unificación de la doctrina	504
461	F)	Ejecución	504
461	G)	Especial consideración de las medidas	505
461	a)	Catálogo de medidas	505
461	b)	Duración de las medidas	505
463	c)	Ejecución de las medidas privativas de libertad	506
464	d)	Expediente personal	507
464	e)	Informes sobre su ejecución	507
464	f)	Quebrantamiento de la ejecución	507
466	g)	Recursos	508
466	IV.	MENORES EXPLOTADOS	508
467	1.	<i>La utilización o préstamo de menores para la mendicidad</i>	508
467	2.	<i>Explotación sexual de los menores</i>	513
467	A)	Prostitución de menores	515
468	a)	Concepto de prostitución	515
469	b)	Inducción y favorecimiento de la prostitución de menores	516
469	c)	Determinación a la prostitución de menores	520
470	d)	Error sobre la edad de la víctima	521
470	e)	Cuestiones concursales	522
471	B)	Corrupción de menores	524

INTRODUCCIÓN

El lector tiene en sus manos el resultado de dos años de trabajo de veintitrés profesionales del Derecho —profesores e investigadores—. Se han reunido especialistas de las distintas ramas jurídicas para aportar su visión y sus conocimientos sobre los problemas que afectan a los menores. El germen de este trabajo se encuentra en el II Informe presentado por el Estado español al Comité de Derechos del Niño. La entrada en vigor para nuestro país de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño obligaba a España a presentar al Comité, cada cinco años, un Informe sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención. Con este motivo, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales encargó al Instituto Universitario de la Familia de la Universidad Pontificia Comillas la preparación de un documento sobre las medidas jurídicas adoptadas desde 1993 hasta 1997, para la elaboración del II Informe, que debía presentarse en 1998. El Instituto reunió a un equipo de profesores de la Facultad de Derecho, especialistas en las distintas materias involucradas. Terminado el trabajo, el entusiasmo que despertó en ese grupo de profesores el estudio sobre la situación de los menores en España, fue el motor para continuar el camino iniciado y aprovechar la conjunción de los esfuerzos de todos. ¿Por qué no seguir la tarea, profundizar en la materia y ofrecer un instrumento útil para el desarrollo de las diferentes profesiones jurídicas en lo relacionado con los menores?

El hecho de agrupar a tantos profesionales constituye un valor en sí mismo. Si se tiene en cuenta que el libro que presentamos no es una mera yuxtaposición de los trabajos de los veintitrés autores, sino que se ha hecho un esfuerzo real de integración de tales aportaciones, el valor del trabajo se incrementa. Por poco que se conozca el mundo de la Universidad, se sabrá que no es fácil aunar esfuerzos y olvidar los pequeños intereses de cada «Reino de taifas». Frente a la cortedad de miras de la que algunos parecen hacer gala, es preciso hablar entre nosotros de generosidad: se ha aceptado que la integración suponía, en ocasiones, renuncia a lo propio para dejar crecer lo de otros.

A la vista de la obra resultante, creemos que ha valido la pena, sobre todo que para el lector habrá valido la pena. Aquellos que, desde el Derecho, trabajan o quieren trabajar con menores, encontrarán en las páginas que siguen un instrumento de utilidad. No es ésta una obra académica —en el sentido que vulgarmente se da a la expresión—, no es una obra para eruditos. Hemos pensado en los problemas que la realidad plantea a los profesionales y hemos querido —desde la Universidad— ofrecer una respuesta que lógicamente va más allá de un superficial «todo lo que usted debe saber sobre el Derecho de los menores». Creemos que el mejor servicio que podemos ofrecer a la sociedad —además de formar a los futuros profesionales— discurre por este cauce.

No obstante, debemos reconocer también que la amplitud de la obra, y la limitación del espacio, han obligado a dibujar un panorama general que no siempre ha hecho posible descender al detalle en cuestiones que sabemos relevantes. Aunque las dimensiones de este libro así lo imponían, queda pendiente seguir la tarea de profundización. El libro concluye pero el trabajo de sus autores sigue, esperando ofrecer en un futuro próximo estudios monográficos sobre algunas de las cuestiones que aquí sólo se han esbozado desde la generalidad y otras que han quedado en el tintero. No en balde, la Facultad de Derecho de esta Universidad ha asumido el Derecho de los menores como línea de investigación.

En relación con el contenido, «El Derecho de los menores en España» se estructura en torno a las distintas situaciones en las que puede encontrarse un menor, abordando en cuatro capítulos los aspectos jurídicos de variada índole que pueden plantearse. Se completa la obra con dos capítulos más, uno de introducción y otro sobre algunos derechos de los menores.

— En primer lugar, el capítulo introductorio se encabeza con una reflexión sobre la edad en el Derecho elaborada por José María RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS. Sigue una presentación del sistema normativo en la que se ha querido dar importancia a la cuestión competencial. Los aspectos de Derecho público han sido elaborados por Clara MARTÍNEZ GARCÍA, los de Derecho civil por Alberto SERRANO MOLINA, los de Derecho penal por Julián RÍOS MARTÍN, los de Derecho internacional público por Cristina GORTÁZAR ROTAECHE y el especial tratamiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su recepción en España es de M.^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ y Fuencisla ALCÓN YUSTAS. El principio del interés superior del niño como principio rector de nuestro ordenamiento ha sido redactado por Juan Ignacio GRANDE ARANDA y el principio de no discriminación por M.^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ y Fuencisla ALCÓN YUSTAS. El capítulo termina con un epígrafe sobre las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los niños elaborado por Ligia FLORES ESCOBAR.

— En el capítulo II se lleva a cabo el tratamiento del menor en su entorno familiar. Los aspectos constitucionales han sido elaborados por M.^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ y Fuencisla ALCÓN YUSTAS. Las relaciones paterno filiales (filialidad y patria potestad) han sido desarrolladas por Alberto SERRANO MOLINA, excepto lo relativo a la responsabilidad civil de los menores, cuya autora es Ana SOLER PRESAS. La protección penal de la guarda material del menor es elaboración de Concepción MOLINA BLÁZQUEZ. Y del derecho a la convivencia en familia (la reagrupación familiar) me he encargado yo misma, Isabel LÁZARO GONZÁLEZ.

— El capítulo III lleva como título «El menor en las situaciones de crisis familiar». Los aspectos de Derecho civil sustantivo son responsabilidad de Marta SAINZ TORRES —con la que ha colaborado en la recopilación de bibliografía y jurisprudencia Blanca GÓMEZ BENGOCHEA—, mientras que los aspectos procesales han sido tratados por Sara Díez RIAZA, con excepción de lo relativo a la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en materia de custodia de menores y derecho de visita, cuestiones examinadas por José Javier EZQUERRA UBERO. El estudio de los aspectos penales de las crisis familiares es también responsabilidad de Concepción MOLINA

BLÁZQUEZ. Final
la sustracción in

— A los me
IV. En él, hemo
Las instituciones
y el sistema de p
apartado relativ
ESCOBAR. En la
comó mecanis
éste. Alberto SE
to dado a la ado
tivamente) y Sal
internacional. C
penales.

— El meno
gunas de ellas n
los menores ex
BIOSCA, de los n
en conflicto con
nores explotado
préstamo de lo
Concepción Mo

— Se cierra
su especial relev
de ese capítulo
ÁLVAREZ VÉLEZ
es obra de JOSÉ
nor y su salud,
MONTALVO JAA
PASTOR y Sara
tamiento de la li
Clara MARTÍNEZ
REZ, salvo lo r
ADROHER BIOSC
los tratos y el ab
bertad e indem
han sido elabor
Sara Díez RIAZ

Para termina
recen agradecim
rencias que a lo
ellos han ido m
en esta labor de
También de
Pontificia Com
Rector, D. Man

BLÁZQUEZ. Finalmente, me he ocupado personalmente de los aspectos civiles de la sustracción internacional de los menores.

— A los menores privados de su medio familiar hemos dedicado el capítulo IV. En él, hemos abordado el sistema de protección de los menores en España. Las instituciones jurídico-civiles han sido tratadas por Alberto SERRANO MOLINA y el sistema de protección pública por Clara MARTÍNEZ GARCÍA, a excepción del apartado relativo al acogimiento familiar que ha elaborado Ligia FLORES ESCOBAR. En la segunda parte de este capítulo cobra protagonismo la adopción como mecanismo para restablecer el entorno familiar para el menor privado de éste. Alberto SERRANO MOLINA y Sara DíEZ RIAZA son los autores del tratamiento dado a la adopción nacional (de los aspectos sustantivos y procesales, respectivamente) y Salomé ADROHER BIOSCA y Violeta ASSIEGO CRUZ, de la adopción internacional. Concepción MOLINA BLÁZQUEZ ha examinado todos los aspectos penales.

— El menor puede encontrarse en distintas situaciones de conflicto y a algunas de ellas nos hemos referido en el capítulo V: de los problemas jurídicos de los menores extranjeros no acompañados se ha encargado Salomé ADROHER BIOSCA, de los menores refugiados Cristina GORTÁZAR ROTAECHE, de los menores en conflicto con la justicia o menores infractores Julián RÍOS MARTÍN y de los menores explotados Myriam CABRERA MARTÍN, excepto lo relativo a la utilización o préstamo de los menores para la mendicidad que es responsabilidad de Concepción MOLINA BLÁZQUEZ.

— Se cierra el libro con el tratamiento de algunos derechos del niño que, por su especial relevancia práctica, no podían ser olvidados. El planteamiento inicial de ese capítulo VI en torno a los derechos constitucionales es obra de M.^a Isabel ÁLVAREZ VÉLEZ y Fuencisla ALCÓN YUSTAS. El derecho a la identidad del menor es obra de JOSÉ M.^a RUIZ HUIDOBRO y DE CARLOS. De los aspectos relativos al menor y su salud, el menor y el Derechos sanitario, se han ocupado Federico MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Javier MORENO ALEMÁN, Mercedes SANTAMARÍA PASTOR y Sara STEIRA MUCIENTES. Esta última se ha encargado también del tratamiento de la libertad religiosa. El derecho a la educación ha sido elaborado por Clara MARTÍNEZ GARCÍA. Del menor trabajador responde M.^a José LÓPEZ ÁLVAREZ, salvo lo relacionado con el menor extranjero que es obra de Salomé ADROHER BIOSCA. Myriam CABRERA MARTÍN responde del tratamiento de los malos tratos y el abandono de objetos peligrosos, así como de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Los demás aspectos de Derecho penal del capítulo han sido elaborados por Concepción MOLINA BLÁZQUEZ y los procesales por Sara DíEZ RIAZA.

Para terminar, desde la tarea de coordinación de la obra, todos los autores merecen agradecimiento por su generosa disponibilidad y aceptación de las sugerencias que a lo largo de estos años de trabajo se han ido haciendo. Algunos de ellos han ido más allá de su responsabilidad, brindando una ayuda desinteresada en esta labor de integración que desde el inicio nos habíamos propuesto.

También debo agradecer desde estas páginas el apoyo que la Universidad Pontificia Comillas ha ofrecido al equipo en todo momento, a través de su Rector, D. Manuel Gallego Díaz, del anterior Decano de la Facultad de Derecho,

CAPÍTULO V

MENORES EN SITUACIONES DE CONFLICTO

I. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

1. INTRODUCCIÓN

La inmigración como fenómeno relevante en la sociedad española ya desde los años ochenta, va adquiriendo en los últimos tiempos perfiles determinados, tanto por los colectivos presentes en nuestro país, por su concentración espacial en ciertas zonas de España o bien por alguna característica especialmente relevante de los mismos. En este último sentido es particularmente notable la creciente presencia de menores, presencia que en algunos casos manifiesta la voluntad de arraigo de familias extranjeras bien a través del proceso de reagrupación familiar o bien a través de la constitución o creación de familias en España. La presencia de una segunda generación de inmigrantes en nuestro país confirma mejor que cualquier otro dato que España es tierra de inmigración¹. Sin embargo, y paralelamente, existe *otra presencia* de menores que responde a una realidad distinta (o parcialmente distinta) y que es la que vamos a tratar en este capítulo: los denominados menores extranjeros no acompañados. Antes de analizar el régimen jurídico que les afecta, interesa aclarar quiénes son, cuántos son, qué políticas y recursos se están destinando a ellos y qué problemas son los que más urgentemente reclaman atención.

¹ En un estudio publicado por la Revista Migraciones (M.^a I. CARVAJAL, y J. L. GARCÍA SÁNCHEZ, «Apuntes sobre las cifras de menores extranjeros residentes en España», *Migraciones* n.º 6, 1999, pp. 7-18) se aportan datos enormemente significativos: a 31-12-1998 residían legalmente en España un total de 97.580 extranjeros menores de dieciocho años (el total general de residentes era en esa fecha de 719.647). Una de las características de esta población extranjera menor es que dos tercios de la misma son de residentes no comunitarios (64.450) frente a la situación del total de residentes legales de los cuales casi la mitad pertenecen a este régimen privilegiado (338.720). En decir en general los menores extranjeros residentes en España son inmigrantes en el sentido sociológico del término. Las CCAA de mayor concentración espacial son Cataluña, Madrid, Andalucía y Canarias.

Por tomar Madrid como ejemplo significativo, como señala G. LORA-TAMAYO D'OCÓN, *Extranjeros en Madrid capital y en la en la Comunidad*. Informe 2000, Delegación Diocesana de Migraciones-ASTI, Madrid, 2001, p. 90, «la población menor de dieciséis años de nacionalidad extranjera en la Comunidad de Madrid a julio-noviembre de 2000 es de 44.644, una cifra tres veces superior a la registrada en 1996 —a 1 de mayo— en que se contabilizaban únicamente 14.602 menores extranjeros en el conjunto de la Comunidad». Este porcentaje cada vez mayor de menores extranjeros en Madrid, no es sin embargo uniforme en todas las zonas. Así la concentración espacial de menores «inmigrantes» es especialmente significativa en la corona metropolitana Sur y en el Distrito Centro de Madrid, lo cual tiene especial relevancia en el ámbito escolar.

A) *Los menores extranjeros no acompañados: un fenómeno emergente*

Los servicios sociales de las diversas CCAA sitúan básicamente en 1996² el año en el que la presencia de estos menores comienza a ser significativa. En otros países europeos, el fenómeno era ya relevante en la década de los setenta/ochenta³ y ha llegado a ser tan significativo que recientemente se ha formulado una pregunta en el Parlamento Europeo sobre si la Comisión tiene intención de crear un Observatorio sobre menores no acompañados, a lo que un representante de dicho órgano ha contestado negativamente⁴. La crisis económica y la pirámide poblacional tan joven, unida al espejismo de Europa como «tierra de promisión» alimentado sobre todo por la televisión y las historias migratorias de los emigrados explican en gran medida este fenómeno. Pero también la propia realidad familiar de la que provienen, que por otra parte, no es siempre la misma.

En ocasiones se trata de menores que llegan solos a España pero que tienen referentes familiares en su país de origen, y emigran con el consentimiento de su familia buscando trabajo como otros inmigrantes más. Debemos pensar que en países como Marruecos a partir de la adolescencia los hijos contribuyen con frecuencia al sustento familiar, situación que como veremos tiene incluso sanción legal. En otras ocasiones se trata de los denominados «Niños de la calle» y en algunos casos «de la cola» que vivían en su país de origen en la calle, que proceden normalmente de familias rotas, que en muchos casos son consumidores de droga, normalmente de cola, y que sus expectativas en España son las de seguir viviendo en ese medio, pues apenas tienen formación ni habilidades sociales. En este segundo caso, son chicos con frecuentes problemas sanitarios que apenas se han escolarizado y que en ocasiones presentan conductas agresivas y/o comportamientos delictivos reincidentes⁵.

B) *Características del colectivo*

Sin perjuicio de diferencias concretas entre las diversas CCAA, querríamos resaltar, como comunes, los siguientes datos:

² Así se afirma por ejemplo por M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ, «Menores inmigrantes marroquíes no acompañados en Andalucía: el caso de Sevilla. De 1996 a 2000», *II Congreso sobre la inmigración en España. España y las migraciones internacionales en el cambio de siglo*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones (UPCO) & Instituto Universitario Ortega y Gasset. Madrid 5, 6 y 7 de octubre de 2000 (CD Rom).

³ Así lo señala en relación con Alemania y Francia M.ª JESÚS PÉREZ, «Menores no acompañados», *Revista de trabajo social. Servicios sociales y política social*, n.º 48, pp. 55 ss.

⁴ Pregunta escrita de E-3277/00 y respuesta del Sr. Vitorino en nombre de la Comisión (15-12-00). *DOCE* de 6-6-00 C 163E/73.

⁵ En el artículo de M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ «Los niños de la calle en la Medina de Tánger y los menores inmigrantes indocumentados solos en Andalucía», *Ofrim suplementos*, Junio 1999, pp. 165 ss., se pone de manifiesto esta diversa tipología, reconocida también por los responsables de infancia de las diversas CCAA. M. CADEVILA I CAPDEVILA, en su comunicación «Los menores extranjeros indocumentados no acompañados (MEINA). Exigencias de nuevas respuestas», *II Congreso sobre la inmigración en España. op. cit.*, los clasifica de la siguiente manera: a) menores de quince a dieciocho años con un proyecto de emigración definido; b) niños de la calle; c) Menores con patología mental o sanitaria grave; d) menores con conductas muy agresivas o actuaciones delictivas frecuentes; e) menores de segunda generación.

a) Desde un punto de vista cuantitativo, cabe destacar que se ha producido un crecimiento exponencial de esta población en los últimos años. Según una información publicada en *La Vanguardia* el 11 de septiembre de 2001, el número de inmigrantes menores de edad indocumentados que viven en España, tanto en Centros de acogida como en la calle, asciende en la fecha de la publicación a unos 2000. Los acogidos en centros durante los años anteriores fueron: 1024 en 2000, 1441 en 1999 y 903 en 1998. Así, en Cataluña los datos de presentaciones de menores no acompañados son los siguientes: 316 en 1997, 1.493 en 1998 y 1.133 a junio 1999. En Aragón, los ingresos de estos menores en Centros de observación y acogida son los siguientes: 3 en 1995, 16 en 1996, 22 en 1997, 30 en 1998 y 54 en 1999. En Canarias en el año 99 ingresaron en Centros, 246 y causaron bajas (básicamente por fugas o por mayoría de edad), 106. En Castilla y León ingresaron en Centros 39 en 1998 y 69 en 1999. En Valencia, el número de menores acogidos ha evolucionado de 51 en 1994 a 169 en 1999. En Madrid, un reciente informe pone de manifiesto el progresivo incremento de menores extranjeros sujetos a medidas de protección: Así en 1996 de 733 ingresos en el Centro de acogida de Hortaleza un 47,89 por 100 fue de menores extranjeros. El porcentaje ha ido subiendo en los años sucesivos: 48,18 por 100 en 1997, 55,81 en 1998, 60,21 por 100 en 1999 y 63,67 por 100 en 2000⁶. En Andalucía la evolución del número de menores marroquíes internados en Centros de primera acogida ha sido la siguiente: 9 en 1996, 54 en 1997, 66 en 1998 y 84 en 1999⁷. Mencionamos únicamente algunas de las CCAA a modo ejemplificativo.

b) Desde un punto de vista cualitativo, este colectivo presenta las siguientes características: elevado porcentaje de varones sobre el de mujeres⁸, la presencia significativamente numerosa de menores procedentes de Marruecos sobre otras nacionalidades (y esta característica no es exclusiva de Ceuta y Melilla⁹), la edad media está en torno a los dieciséis años¹⁰, y finalmente interesa destacar la elevada movilidad espacial de los mismos, con un número de fugas importante de todos los Centros de acogida de las diversas CCAA.

⁶ «Informe sobre menores extranjeros no acompañados (texto-resumen elaborado por la OFRIM a partir de un texto más amplio facilitado por doña Esperanza García García, gerente del IMMF al Foro regional para la inmigración de la Comunidad de Madrid)», *Ofrim*, sept-oct 2001, n.º 543, pp. 8-10. Otro estudio sobre el particular en la Comunidad de Madrid es el de E. ARACIL RODRÍGUEZ, J. JARIEGO FENTE, «Inmigración y riesgo social: la situación de los menores en la Comunidad de Madrid», *Ofrim Suplementos*, n.º 7, diciembre de 2000, p. 103.

⁷ M. JIMÉNEZ ÁLVAREZ, «Menores inmigrantes...», *cit.*

⁸ Así en Castilla-León, de los 69 ingresados en 1999, 63 eran varones.

⁹ Así, en Murcia de un total de 151 acogidos en 1998, 59 eran marroquíes y 35 argelinos; en Aragón de 54 ingresos en 1999, 40 son procedentes de Marruecos y Argelia; en Cataluña, de los 218 a junio de 1999, 132 eran marroquíes. En este sentido M.ª JESÚS PÉREZ, «Menores no acompañados...», *cit.*, p. 56, y desde su privilegiado observatorio como corresponsal del SSI (Servicio Social Internacional) en España señala: «El SSI España fue en 1996 el primer país demandante de "búsquedas en interés de las familias" de la Corresponsalía marroquí del SSI».

¹⁰ En la Diputación foral de Vizcaya el promedio en 1998 era los dieciséis años, en 1999 los 15,5. En Madrid, y en el estudio citado (E. ARACIL RODRÍGUEZ, J. JARIEGO FENTE, «Inmigración y riesgo social...», *cit.*) se apunta que del total de diligencias informativas abiertas a menores extranjeros el 45 por 100 lo fueron a mayores de doce años, y el 43 por 100 de las tutelas abiertas ese mismo año).

C) Línea

Es cada vez más distinta la situación de los inmigrantes, y la segregación¹¹ se ha acentuado. El fenómeno de la inmigración económica ha dado lugar a Centros de acogida para inmigrantes, Centros comunitarios, etc. En relación con los Centros de acogida, en la Conferencia de Madrid de 1998, se puso de manifiesto las necesidades de los inmigrantes, el rechazo de los inmigrantes en la base de la sociedad, la falta de un servicio especializado con personal especializado, los menores tan ajenos a la cultura familiar, idiomática y las formas de toma de decisiones...»¹³.

También se ha producido una segregación de los inmigrantes de Marruecos y Argelia en la distribución cuantitativa de los marroquíes par-

¹¹ Así, por ejemplo, los programas específicos en la calle, programados a cabo con dos tipos de situación de riesgo: inmigrantes de vivienda precaria y adopción de colaboración en para poner en fin el asilo y refugio.

¹² Así, en relación con las entidades para inmigrantes organizadas por la Fiscalía General de las CCAA nacionales, ya que la mayoría de tipo económico ordinario de éstos, por otra parte, al no ser en muchos casos configurados Centros de acogida que de respuesta

¹³ M.ª JESÚS

C) Líneas de intervención

Es cada vez más común y arraigada la convicción en los servicios sociales de las distintas CCAA de que este tipo de menores requieren recursos sociales específicos, y que, por tanto, en general no es aconsejable una política de total integración¹¹. La experiencia de que su aspiración es en muchos casos independizarse económicamente sometiéndose con dificultad a la disciplina de los Centros de acogida¹², los episodios cada vez más frecuentes de conflictividad en los Centros con el consiguiente perjuicio para el resto de menores ingresados en los mismos, etc., muestran esta necesidad. Quizá recursos como educadores de calle, Centros de día específicos, y albergues nocturnos podrían ser apropiados.

En relación con la necesidad de recursos sociales específicos, en la Conferencia internacional sobre menores extranjeros celebrada en Suecia en 1998, se proponía lo siguiente: «La inadecuación de la respuesta institucional a las necesidades de los menores no acompañados que tiende a provocar el rechazo de estos menores ha sido detectada en la mayoría de los países y es la base de la tendencia a la creación de recursos específicos con personal especializado como medio más eficaz de atención a las necesidades de estos menores tan a menudo “menores maduros”. Desarraigo, soledad, separación familiar, idioma diferente, desconocimiento de lo extranjero, angustia frente a las tomas de decisiones que les afectarán y que a menudo implican una larga espera...»¹³.

También se reclama desde diversas instancias y en atención a la presencia mayoritaria de marroquíes, una política de cooperación internacional española con Marruecos que facilitara la identificación de los menores marroquíes, la repatriación cuando existe una familia, e incluso posibles convenios con ONGs marroquíes para valorar *in situ* la situación sociofamiliar del joven emigrado.

¹¹ Así, por ejemplo, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia está poniendo en marcha programas específicos para evitar el deterioro progresivo que sufren estos menores por su permanencia en la calle, programas denominados MIVI (Menores inmigrantes de vida independiente) y que llevan a cabo con dos asociaciones: TOMILLO (Apoyo socioeducativo a menores y adolescentes en situación de riesgo social- centro de día) y PAIDEIA (Formación ocupacional para adolescentes inmigrantes de vida independiente y un servicio especializado de detección y apoyo legal y acompañamiento a adolescentes inmigrantes). Por otra parte, dicho Instituto suscribió un Convenio de colaboración en noviembre de 1999 con el MPDL (Movimiento para la paz, el desarme y la libertad) para poner en funcionamiento un piso de jóvenes inmigrantes no acompañados y solicitantes de asilo y refugio.

¹² Así, en las Consideraciones finales sobre cuestiones debatidas en las Jornadas sobre infancia para entidades públicas de protección de menores, Jueces y Fiscales en noviembre de 1999 (Jornadas organizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Consejo General de Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado) se señala: «La acogida indiscriminada en los Centros de protección de las CCAA no es un recurso adecuado para el tratamiento y atención de estos jóvenes y adolescentes, ya que la protección que en ellos se ofrece no se corresponde en muchos casos a sus intereses de tipo económico y laboral, siendo además un elemento importante de perturbación del régimen ordinario de éstos con el consiguiente perjuicio para los restantes menores que residen en ellos. Por otra parte, al no ser en modo alguno Centros de detención es imposible retenerlos en ellos, por lo que en muchos casos se marchan y quedan sin ningún control con todo lo que ello implica. Es necesario configurar Centros de acogida que contemplen un régimen especial en la atención de estos menores que de respuesta a sus problemas específicos».

Finalmente, al igual que en el tratamiento general de la inmigración, este tema requiere y reclama una coordinación administrativa que no siempre se produce, habida cuenta de las diversas instancias implicadas en la misma. En este sentido consideramos ejemplar el Acuerdo de coordinación y compromiso para mejorar la respuesta interinstitucional al problema social de la inmigración de menores y jóvenes indocumentados en situación de alto riesgo social suscrito el 9 de marzo de 1999, entre diversos organismos de la Generalidad de Cataluña (Consejero de Gobernación y Consejera de Justicia), el Delegado del Gobierno en esta CA, el Fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y representantes municipales de dos Ayuntamientos.

D) *Concepto de menor extranjero no acompañado*

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 1997¹⁴ define a estos menores como «menores de dieciocho años nacionales de países terceros que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos», mientras que la UNICEF y ACNUR los describen como «las personas menores de dieciocho años —o que en virtud de la ley del país de que se trate no hayan alcanzado la mayoría de edad— que estén separadas de sus padres y no estén al cuidado de un adulto ya sea tutor u otra persona a la que incumba esa responsabilidad en virtud de la ley o de la costumbre»¹⁵.

El término utilizado tampoco es pacífico; así en la Declaración conjunta de *Save the children*, y el ACNUR de enero de 1999 titulada *Separated Children in Europe Program. Statement of good practice*, se los denomina *menores separados*, entendiéndose por tales a «niños menores de 18 años de edad que están fuera de su país de origen y que se encuentran separados de sus padres o de su tutor legal. Algunos niños están completamente solos, mientras que otros están conviviendo con otros parientes».

Sin entrar en diferencias terminológicas, es evidente, no obstante, que no nos vamos a ocupar de menores que se encuentran en España con motivo de un programa humanitario de estancia temporal ya sea por vacaciones, tratamiento médico o escolarización. Se trata básicamente de menores solos que llegan a España y no tienen en nuestro país ningún familiar o si lo tienen dichos familiares o amigos no ostentan su guarda.

¹⁴ Resolución 97/C 221/03 de 26-6-1997 (DOCE C 221 de 19-7-1997).

¹⁵ Asamblea General de Naciones Unidas. Informe del ACNUR A/52/273 de 7 de agosto de 1997 sobre la asistencia a menores refugiados no acompañados. Parecido concepto utiliza el Consejo Europeo sobre refugiados y asilados (ECRE/CERE) que se refiere a los menores aislados como aquellos que llegan al territorio de un país sin la compañía de su padre, madre o adulto responsable de él legalmente o según la costumbre (postura adoptada en noviembre de 1996 por el ECRE/CERE sobre menores refugiados).

2. MENCION

La mi
levancia j
dicos) atr
hecho de
laridades
en el sig

A) La r

La pr
jeros no a
de «men
ción de
administ
de estos

a) Ley

La m
metida tr
artículo 9
veinte añ
res hasta
España e
Esta rem
ticularm
guiente c
a los me
que en v
yoría de
España l
ción ser:

b) Pru

La p
identific
cumento

¹⁶ Da
el párrafo

2. MINORIDAD Y DESAMPARO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

La minoridad y la extranjería son dos condiciones de la persona que tienen relevancia jurídica, es decir, el Derecho español (como otros ordenamientos jurídicos) atribuye consecuencias jurídicas al hecho de que la persona sea menor y al hecho de que sea extranjero. Vamos a analizar en este epígrafe algunas particularidades que presenta este colectivo por su condición de menor desamparado, y en el siguiente analizaremos su «peculiar» estatuto de extranjería.

A) *La minoridad del menor extranjero no acompañado*

La primera cuestión jurídicamente relevante respecto de los menores extranjeros no acompañados es la comprobación efectiva de su minoridad. Su condición de «menor» unida a la de «no acompañado» determinará la preceptiva declaración de desamparo y consiguientemente exigirá la constitución de una tutela administrativa siempre que no se encuentre emancipado. Analizaremos cada uno de estos extremos por separado.

a) *Ley aplicable a la minoridad*

La minoridad es, en Derecho internacional privado español, una materia sometida tradicionalmente a la ley nacional como parte del estatuto personal (*vid.* artículo 9 CC). Así, por ejemplo, si en Marruecos, la mayoría de edad está en los veinte años¹⁶, los menores marroquíes que se encuentren en España serán menores hasta dicha edad ya que si bien la mayoría de edad está determinada en España en los dieciocho años, nos encontramos ante «menores» no españoles. Esta remisión a la ley nacional, es limitada en alguna disposición especial: es particularmente relevante a nuestros efectos la LOPJM cuyo artículo 1 señala lo siguiente que «La presente ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad». Por tanto, sin perjuicio de que un menor marroquí será menor en España hasta los veinte años para determinados efectos, las medidas de protección serán adoptadas hasta los dieciocho años.

b) *Prueba de la minoridad y de la identidad*

La prueba de la edad puede llevarse a cabo mediante cualquier documento identificativo que según su legislación nacional tenga eficacia en este sentido: documento de identidad, pasaporte, certificado de nacimiento... Sin embargo es

¹⁶ Dahir n.º 1/92/91 de 11 de junio de 1992 de promulgación de la Ley n.º 13-92 que modifica el párrafo 2 del artículo 1937 del Código de estatuto personal 130, n.º 4155 de 17 de junio de 1992.

bastante habitual que estos menores lleguen a España totalmente indocumentados alegando ser menores pero sin poder (o no querer en muchos casos) probar esta condición, y su propia identidad, documentalmente¹⁷.

En este sentido la nueva LOE dispone en su artículo 32.2¹⁸: «En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que con carácter prioritario realizarán las pruebas necesarias»¹⁹. Por su parte, y con relación a la identificación el párrafo 5 señala: «Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado».

Nos parece relevante hacer notar el protagonismo que la LOE reconoce al Ministerio Fiscal que es quien «dispone» la prueba de la edad. La iniciativa se había reconocido en unos casos a la Entidad Pública de protección de menores²⁰, y en otros a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²¹.

En relación con la determinación de la edad, la Instrucción 2/2001 del Fiscal General del Estado de 28 de junio acerca de la interpretación del actual artículo 35 LOE, precisa algunos extremos de interés:

1. La puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal no significa puesta a disposición, por tanto no es preciso que las autoridades policiales trasladen física-

¹⁷ La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 1997 recomienda que «Los Estados miembros deberían procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia de que no está acompañado. La información relativa a la identidad y a la situación del menor podrá obtenerse de diversas maneras y en concreto mediante una entrevista adecuada con el interesado que deberá efectuarse lo antes posible después de su llegada y de un modo acorde con su edad» (art. 3.1). La experiencia española nos muestra que esta entrevista es en la mayoría de los casos insatisfactoria a estos efectos, pues en general los menores ocultan deliberadamente su identidad para evitar la repatriación.

¹⁸ Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (BOE de 12-1. Rectificación de errores en BOE de 24-1) modificada por Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre (BOE de 23-12).

¹⁹ En términos casi idénticos se expresa el artículo 62.1 del Reglamento (RD 864/2001 de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modificada por Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre (BOE de 21-7-00).

²⁰ Vid. Conclusiones de las Jornadas sobre infancia que en noviembre de 1999 convocaron a representantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado.

²¹ Instrucción 2.ª y 6.ª de la Resolución por la que se dictan instrucciones generales sobre repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo en España de 11 de noviembre de 1998 del Director General de Asuntos Jurídicos y Consulares, Director General de la Policía y Director General de Política Interior.

mente al mer
través de cua
trajero desa

2. La F
del menor, d
la disponibili
modalidad en
en qué mod
cuerpos de S

3. La le
aconseja que
centros sanit
tivo durante
(Sanidad, Fi
tuación que

4. La p
vación de lil
protección d
abogado. Es
Centro de m
terar el régir
cuando se h

5. Dad
brá que pres
dicos señale

c) El Regi

Muchas
de Política I
de un Regis
en casi todo
e incluso pc
A juicio de
unas garant
Pues bien, e
«menores e
que constar

²² Resolu
children, y el /
good practice

²³ Nomb
dencia en el p
sida, organizr
de la edad seg
tados efectos

mente al menor a las dependencias de la Fiscalía sino que le comuniquen a ésta a través de cualquier medio (fax, correo electrónico...) la existencia del menor extranjero desamparado.

2. La Fiscalía debe obligatoriamente disponer que se determine la edad del menor, determinación que no es potestativa y por tanto, los Fiscales atendida la disponibilidad efectiva de medios personales y materiales, así como la concreta modalidad en que se preste el servicio de guardia en cada Fiscalía determinarán en qué modo se van a realizar las mencionadas comunicaciones a las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado.

3. La ley no señala cuáles son las instituciones sanitarias oportunas. «Ello aconseja que en la medida de lo posible se procure recabar la colaboración de centros sanitarios que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día» y que las diversas instituciones (Sanidad, Fiscales, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad) elaboren protocolos de actuación que garanticen la coordinación y celeridad de estos procedimientos.

4. La permanencia del menor en el Centro sanitario «es una situación de privación de libertad análoga a la contemplada en el art. 20.2 de la LO 1/1992 de protección de la Seguridad Ciudadana», y por tanto no es precisa la asistencia de abogado. Es importante evitar el automatismo de trasladar al presunto menor a un Centro de menores tutelados aunque sólo sea para pernoctar de noche para no alterar el régimen y desarrollo de estos Centros. Dicho traslado deberá producirse cuando se haya determinado la edad.

5. Dado que las pruebas médicas establecen la edad por aproximación, habrá que presumir que la edad es la inferior de la horquilla que los servicios médicos señalen.

c) El Registro estatal de menores extranjeros no acompañados

Muchas CCAA y organismos centrales del Estado, como la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior, han venido reclamando la creación de un Registro central de identidad de estos menores, registro necesario por estar en casi todos los casos indocumentados, por su movilidad por las diversas CCAA, e incluso por su reingreso en los mismos Centros alegando identidades distintas. A juicio de algunas organizaciones, la creación de este Registro debería presentar unas garantías mínimas, sobre todo en relación con los solicitantes de asilo²². Pues bien, el nuevo Reglamento de extranjería regula el mencionado Registro de «menores extranjeros en situación de legal desamparo» en su artículo 60.2 en el que constarán una serie de datos «a efectos puramente identificadores»²³.

²² Resolución del Consejo de la Unión Europea de (art. 3.1 *in fine*), Declaración de Save the children, y el ACNUR de enero de 1999 titulada Separated Children in Europe Program. Statement of good practice (punto 6) y último párrafo del artículo 35.5 LOE.

²³ Nombre y apellidos, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad, última residencia en el país de procedencia; impresión dactilar, fotografía, Centro de acogida en el que reside, organismo público bajo cuya protección se halle; resultado de la prueba ósea de determinación de la edad según informe de la Clínica Médico Forense; cualquier otro dato de relevancia a los citados efectos identificadores.

B) *El desamparo del menor extranjero no acompañado*

Como señalábamos al comienzo del epígrafe 1.2, una vez determinada la identidad y la edad de estos extranjeros, en el caso de que efectivamente sean menores, su condición de «no acompañados» determinará la preceptiva declaración de desamparo y, consiguientemente, exigirá la constitución de una tutela administrativa siempre que no se encuentren emancipados.

a) La tutela administrativa de los menores extranjeros desamparados

Ya la LOE (y el RLE de manera idéntica en su artículo 62.2) señala en su artículo 35.2 que «determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores».

Sin embargo, estos servicios de protección adoptarán las medidas oportunas en los casos en que el menor esté en situación de desamparo²⁴. Un menor extranjero no acompañado tal y como lo hemos definido en el epígrafe anterior, desde su llegada a España requiere de la declaración de desamparo y de la consiguiente adopción de medidas protectoras por parte de los organismos competentes de las CCAA siempre y cuando no esté emancipado, como vamos a analizar a continuación.

b) La posible emancipación de los menores extranjeros no acompañados

La emancipación es un acto que existe en algunos sistemas jurídicos, en virtud del cual se habilita al menor de edad a regir su persona y sus bienes como si fuera mayor. Nuestro CC prevé una serie de supuestos tradicionales en los que tiene lugar la emancipación (por matrimonio, por concesión de quienes ejerzan la patria potestad otorgando al efecto escritura pública...) y regula en su artículo 319 la emancipación de los menores de vida independiente: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independiente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento».

¿Cabría pensar que los menores extranjeros no acompañados están en realidad emancipados por aplicación de este precepto y por tanto no requieren declaración de desamparo y constitución de la tutela administrativa? Dicho de otro modo: ¿es aplicable el CC español a la emancipación de los extranjeros? De nuevo debemos acudir al artículo 9 CC que determina la aplicación de la ley nacional de la persona para regir su capacidad, norma que a juicio de los autores, la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN debe aplicarse también a la emancipación. Así, y precisamente en relación con un menor marroquí, el Alto Organismo señalaba en su Resolución de 26 de febrero de 1972 que «La emancipación de un extranjero se rige por su ley nacional, de modo que no basta en la emancipación de un marro-

²⁴ Sobre la situación de desamparo *vid.* capítulo IV.

quí cumplir co-
cuanto sea cor-

En coherer
mayoritaria co
319 «por vida
cuya ley persc
emancipados («

Debido a q
y como hemos
marroquí al ef
miliar subyac
país. Una de l
consiste en pr
cial, criarlo y
1993 por Ley
duración de l:
para las niñas.
bien con su m
(esta hipótesi:
Por otra parte
para las hijas
bertad, siemp
proseguir sus
(art. 126). Po:
responda a es
doce años ya
narse la vida
emancipaciór
parece indica
tutela hasta q

²⁵ H. GRIE
*Lecciones de De
sona física», en
Difiere de esta
Eurolex, Madrid
fleja un reconoc
bermarse por sí r
bitualmente en
frente a las der
dada, justificar
bras, escritas er
ñados, podrían
jeto de nuestra t
ROZAS—o el «i
lo contrario de*

²⁶ La regul
de 1957 y de 2:
*mément aux de
1993). AL WAH*

quí cumplir con la ley interna española, si la ley marroquí no aparece cumplida en cuanto sea competente».

En coherencia con este planteamiento, la doctrina internacionalista española mayoritaria considera que la modalidad de emancipación prevista por el CC en el 319 «por vida independiente del menor» sólo puede aplicarse a los extranjeros cuya ley personal así lo admita²⁵. Por tanto, la pregunta sobre su condición de emancipados debería responderla su ley nacional²⁶.

Debido a que la mayoría de los menores no acompañados son marroquíes, tal y como hemos visto, haremos a continuación un somero análisis de la normativa marroquí al efecto, normativa que debe encuadrarse en la concepción cultural familiar subyacente y posiblemente también en la situación socioeconómica del país. Una de las obligaciones de los padres es la guarda del hijo (hadana), que consiste en preservar, en la medida de lo posible, de todo lo que le sea perjudicial, criarlo y velar por sus intereses (art. 97 del Dahir de 1957). Pues bien, en 1993 por Ley 10/9/1993 se modificó el artículo 102 del Dahir señalándose que la duración de la guarda se prolonga hasta los doce años para los niños y quince para las niñas. Al llegar a esa edad tendrán la opción de residir bien con su padre, bien con su madre, o bien con alguno de los parientes señalados en el artículo 99 (esta hipótesis naturalmente se plantea en casos de disolución del matrimonio). Por otra parte, la obligación del padre de prestar alimentos a sus hijos, subsiste para las hijas hasta el día que se casen y para los hijos hasta la llegada de la pubertad, siempre que sean sensatos y capaces de ganarse la vida, salvo que deseen proseguir sus estudios en cuyo caso la obligación persistirá hasta los veinte años (art. 126). Posiblemente, la situación de los menores marroquíes no acompañados responda a esta regulación y concepción familiar en virtud de la cual el niño con doce años ya no está bajo la guarda de sus padres, y en muchos casos debe ganarse la vida y contribuir al sustento familiar. ¿Se trata propiamente de una emancipación? La regulación de esta figura en el Dahir de 1958 (arts. 165 y 166) parece indicar que no. En el artículo 165 se señala que: «El menor está sujeto a la tutela hasta que llegue a la mayoría de edad salvo en los casos en los que dicha

²⁵ H. GRIEDER MACHADO, «Las incapacidades y sus formas de protección», en VVAA, *Lecciones de Derecho civil internacional*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 57; J. L. IRIARTE ÁNGEL, «La persona física», en VVAA, *Derecho internacional privado*, vol. 2, Comares, Madrid, 2000, pp. 44-45. Difiere de esta opinión J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (*Derecho internacional privado. Parte especial*. Eurolex, Madrid, 1995, p. 116): «debido al carácter de situación de hecho de esta institución, que refleja un reconocimiento de los padres —y por extensión del tutor— de que el hijo es capaz de gobernarse por sí mismo, consideramos que puede extenderse a los menores extranjeros que residan habitualmente en España con independencia de lo dispuesto en su ley nacional; máxime cuando frente a las demás figuras es ésta una modalidad revocable. El beneficio del menor puede, sin duda, justificar la consideración del artículo 319 CC como norma material imperativa». Estas palabras, escritas en 1995 antes de la «eclosión» del fenómeno de los menores extranjeros no acompañados, podrían ser aplicadas a otras situaciones (estudiantes...) pero ciertamente no a los que son objeto de nuestra atención y estudio: justamente el «beneficio del menor» —en palabras de FERNÁNDEZ ROZAS— o el «interés superior del niño» en la terminología de la CNUDN aconsejan en estos casos lo contrario de lo propuesto.

²⁶ La regulación de las cuestiones que nos ocupa se llevó a cabo por Daires de 18 de diciembre de 1957 y de 25 de enero de 1958. *Code du statut personnel et des successions mis à jour conformément aux dernières modifications introduites par le dahir portant loi 1-93-347 (10 septembre 1993)*. AL WAHDA AL ARABIA, Casablanca.

tutela se prorrogue por causa de interdicción. A la edad de los dieciocho años, el menor, si su tutor le juzga apto, puede ser emancipado tras la realización de las formalidades legales necesarias para este fin».

No existe en el Derecho marroquí una emancipación equivalente a la prevista en el artículo 319 CC español. Los varones a partir de los doce años tienen capacidad para ganarse la vida, pueden vivir, si el matrimonio de sus padres se ha disuelto, con diversos parientes señalados legalmente, pero la autoridad paterna subsiste y de forma acentuada de acuerdo con el sistema fuertemente patriarcal de la sociedad islámica. Parece claro, por tanto, que estos menores no están propiamente emancipados, y por tanto su situación en España puede calificarse como de «desamparo».

3. LA EXTRANJERÍA DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

Una vez determinada la minoridad y el desamparo del menor extranjero no acompañado, su condición de extranjero, exige un tratamiento jurídico también específico.

Naturalmente, el estatuto jurídico de dichos menores dependerá de que se encuentren incluidos en el régimen general de extranjería o de que por su condición puedan ser beneficiarios de los regímenes privilegiados de comunitarios o de asilo y refugio. Analizaremos cada una de estas hipótesis por separado.

A) Régimen general

Un tratamiento jurídico específico destinado a los menores inmigrantes en general y a los no acompañados en particular es una importantísima manifestación de la política de inmigración de un determinado Estado. En Derecho español, esta regulación estuvo ausente tanto en la Ley de extranjería de 1985 como en su Reglamento de 1986. Fue el artículo 13 del Reglamento de 1996 (RLE)²⁷ el que reguló por vez primera el fenómeno de los menores extranjeros en situación de desamparo, reconociéndoles importantes derechos, tales como el «derecho» a la documentación.

La nueva legislación de extranjería regula también de manera específica esta situación, poniendo el acento en la repatriación de estos menores, y si ésta no es posible, estableciendo mecanismos que favorezcan su integración. Es simbólico el cambio de acento entre el artículo 13 del Reglamento de 1996 y el 62 del Reglamento de 2001; pareciera que este último se ha escrito intentando disminuir las consecuencias del «efecto llamada» del que se acusó al primero²⁸.

En cualquier caso, las normas que vamos a estudiar son los artículos 35 y 40 LOE y el 62 RLE. Por otra parte, es esencial tener en cuenta la Resolución del

²⁷ Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero (BOE de 23-2-1996).

²⁸ A partir de 1996 se produce una llegada creciente de menores extranjeros no acompañados a nuestro país. Se dijo entonces que el tratamiento que el nuevo Reglamento hacía de la situación de estos menores había provocado tal incremento de las entradas. Se habló, en este sentido, de un «efecto llamada».

Consejo de
ses terceros
mativo.

Analiza

a) Entrad

Debido
el Consejo
admisión
Exposición
beros puede
los Estados
do, el artícu
chazo en fr
en los pues
ción en fron
cesarios par
adecuado p
Natural
nuestra leg
miento del

b) Menor

a') Re

En muc
en frontera
de camione
cida que se
la el artícu
protección
que aconsej
recomienda
Comité inte
veíamos al
ros no acorr
tas, y si en
vicios de pr

²⁹ En este
experiencia: «
los mismos, y
tendrá mejores

Consejo de la Unión Europea sobre menores no acompañados nacionales de países terceros de 1997, ya citada, pese a ser una disposición con escaso valor normativo.

Analizaremos el régimen jurídico atendiendo a las diversas situaciones.

a) Entrada ilegal del menor detectada en frontera

Debido a que la entrada de estos menores es en la mayoría de los casos ilegal, el Consejo de la Unión Europea señala que la primera medida a adoptar será la no admisión en los casos en que el menor sea detectado en frontera. En la Exposición de Motivos se señala que «los menores no acompañados de países terceros pueden ser víctimas de redes ilegales de inmigración y es importante que los Estados miembros colaboren en la lucha contra dicho tráfico». En este sentido, el artículo 2 de la Resolución recomienda, salvo solicitantes de asilo, el rechazo en frontera y consiguiente devolución de dichos menores si son detectados en los puestos fronterizos si bien se recomienda que, en los supuestos de retención en frontera «deberían disponer de todo el apoyo material y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, como alimentación, alojamiento adecuado para su edad, instalaciones sanitarias y cuidados médicos».

Naturalmente, estas medidas, (no admisión y devolución) están previstas en nuestra legislación de extranjería, la cual en este punto no distingue el tratamiento del extranjero en atención a su edad.

b) Menor localizado dentro del territorio español

a') Repatriación

En muchos casos los menores entran en territorio nacional sin ser detectados en frontera y a veces por «medios de transporte» en los que se juegan la vida (ejes de camiones, pateras, polizones...). Una vez localizados en España, la primera medida que se va a intentar es la repatriación o «reagrupación familiar», como señala el artículo 62.4 RLE siempre que se encuentre a su familia o que los servicios de protección de menores de su país se hagan cargo de él. Esta medida es también la que aconseja la Resolución del Consejo de la Unión Europea en su artículo 3.3 que recomienda la localización pronta de la familia y que en este proceso se acuda al Comité internacional de la Cruz Roja u otras organizaciones. Sin embargo, como veíamos al principio de este capítulo al analizar la tipología de menores extranjeros no acompañados, en muchos casos proceden de familias desestructuradas o rotas, y si en su país de origen son niños de la calle, ¿es realista pensar que los servicios de protección de menores de su país se harán cargo de ellos?²⁹

²⁹ En este sentido M.^º JESÚS PÉREZ. «Menores no acompañados...», *cit.*, p. 57, señala desde su experiencia: «en 2 de cada 3 casos no es posible localizar a la familia por falta de datos o falsedad de los mismos, y que es frecuente que se informe de que es preferible la permanencia del menor que tendrá mejores oportunidades de vida porque la familia es muy "pobre"».

Algunos datos publicados sobre el particular muestran el escaso número de menores finalmente repatriados³⁰.

El procedimiento de repatriación se regulaba en las Instrucciones generales de 1998 sobre repatriación de menores extranjeros en situación de desamparo en España que prácticamente han sido transcritas por el artículo 62 RLE.

b') Tutela administrativa

Sin perjuicio de la atención inmediata que se prestará al menor tan pronto como sea localizado en España, si la repatriación no es posible bien por no haber conseguido identificarle, o bien por no haber familiares o instituciones de protección del país de origen que se hagan cargo, se constituye la tutela administrativa por parte de la Administración española, previa declaración de desamparo, como veíamos en el epígrafe anterior. Esta tutela implica la concesión automática, previa solicitud del órgano tutelar, de un permiso de residencia³¹, para cuya tramitación será imprescindible obtener previamente la exención de visado³².

Además, para que el cese de la tutela o custodia por parte de la Administración española no suponga una quiebra del estatuto jurídico de estos menores, se consideran beneficiarios de un permiso de residencia permanente (que es el permiso de residencia que más estabilidad garantiza) quienes «al llegar a mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos tres años consecutivos inmediatamente anteriores» (art. 42.e RLE).

Si la continuidad de la residencia legal está de esta forma garantizada, es también importante establecer un mecanismo que facilite la integración de este colectivo en el mercado laboral. Como es sabido, los extranjeros precisan para trabajar legalmente en España ser titulares de un permiso de trabajo. El sistema de

³⁰ En el Informe del IMMF citado («Informe sobre menores extranjeros no acompañados (texto-resumen...)», *cit.*, p. 10) se señalan los siguientes: en el año 2000, se presentaron ante la Delegación del Gobierno de Madrid, 115 expedientes de reagrupación familiar. Se resolvieron 30 y el total de menores reagrupados ha sido 8.

³¹ Ya la LOPJM señalaba en términos ambiguos que «Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación en los términos que reglamentariamente se determinen». Sin embargo, va a ser la nueva legislación de extranjería la que regule de forma más concreta esta cuestión. Así el artículo 35.4 LOE señala: «Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela, y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores». Este párrafo ha sido modificado por LO 8/2000 añadiéndose en ésta la frase que hemos subrayado. Confiemos en que la exigencia de acreditar «imposibilidad de retorno» no impida la documentación en estos casos. El RLE establece un plazo de nueve meses a contar desde que el menor es puesto a disposición de los Servicios de protección y tras intentar la repatriación para que se proceda «a otorgarle el permiso de residencia».

³² Así uno de los supuestos de exención de visado previstos en el artículo 49 RLE es el de los extranjeros menores de edad «que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español».

permisos de tr
(permiso inici
dencia en el n
estos casos lo
40 LOE (y en
específicos re
empleo cuant
«... j): los m
sean tutelados
actividades qu
cial, y una ve
origen».

La preocu
vando a algu
específica la
cional siemp
se trate de m

c') Proh

La LOE (de un permis
sos de meno
RLE derogac
podrán ser o
como prime
nores, natur
origen, que r
tica viene a :

B) Régime

Desde el
fugiados pre
mitad de lo
portante dis
acompañado
mera ya se t
presenta un

³³ Así por
mayo, p. 6754

³⁴ F. BLU:

1993, pp. 69 s

³⁵ Vid. ca

caso número de
iones generales de
de desamparo en
2 RLE.

menor tan pronto
bien por no haber
tutuciones de pro-
tutela administra-
ción de desamparo.
concesión automáti-
ca³¹, para cuya
ción de visado³².

por parte de la
jurídico de estos
encia permanente
quienes «al llegar
ública española du-
eriores» (art. 42.e

arantizada, es tam-
gración de este co-
precisan para tra-
bajo. El sistema de

s no acompañados (ex-
se presentaron ante la
liar. Se resolvieron 30 y

jida la guarda o tutela a
competente facilitará a
los términos que regula-
extranjería la que regula-
considerará regular a to-
ministración pública. A
editada la imposibilidad
residencia, cuyos efectos
posición de los servicios
por LO 8/2000 añadién-
de acreditar «imposibi-
blece un plazo de nueve
s de protección y tras in-
encia».

culo 49 RLE es el de los
ciudadano o institución
los elementos necesarios

permisos de trabajo está regulado de tal manera que en la concesión del primero (permiso inicial) se tiene en cuenta la situación nacional de empleo o su incidencia en el mercado de trabajo. Esta circunstancia provoca el que en muchos de estos casos los permisos pudieran ser denegados. Pues bien, en el nuevo artículo 40 LOE (y en términos idénticos el 71.h RLE) se señalan una serie de supuestos específicos respecto de los cuales no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido a «... j): los menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen».

La preocupación por facilitar esta integración en el mercado laboral está llevando a alguna comunidad autónoma a dictar normas que contemplen de forma específica la inclusión de este colectivo en los programas de formación ocupacional siempre que, con carácter previo, se haya obtenido el permiso de trabajo y se trate de menores tutelados³³.

c') Prohibición de expulsión

La LOE (art. 57.5.b) prohíbe la expulsión, salvo causas graves, a los titulares de un permiso de residencia permanente, pero no menciona expresamente los casos de menores declarados en desamparo, tal y como señalaba el artículo 13.1 RLE derogado según el cual que «en ningún caso estos menores (en desamparo) podrán ser objeto de expulsión». En contraste, el nuevo RLE de 2001 pretende como primera medida que debe adoptarse ante la presencia de uno de estos menores, naturalmente indocumentados, la repatriación o reagrupación familiar en origen, que no se concibe como la sanción de una infracción, pero que en la práctica viene a ser una expulsión o una devolución encubiertas.

B) Régimen de asilo

Desde el punto de vista del Derecho de asilo, la situación de los menores refugiados precisa de una atención especial sobre todo por su elevado número (la mitad de los refugiados del mundo³⁴). Desde el punto de vista jurídico, es importante distinguir los casos de menores refugiados con su familia de los no acompañados. Naturalmente, atenderemos a la segunda situación porque la primera ya se trata en otro lugar de la obra³⁵. La especificidad de los problemas que presenta un menor refugiado no acompañado es importante.

³³ Así por ejemplo la Resolución de 19-5-2000 de la Generalidad de Cataluña (DOGC de 26 de mayo, p. 6754).

³⁴ F. BLUZAT MORENO, «La mitad de los refugiados del mundo», *Infancia y Sociedad* n.º 19, 1993, pp. 69 ss.

³⁵ *Vid.* capítulo II, epígrafe IV.

a) Derecho a la vida familiar

Por una parte, debe preservarse su derecho a una vida familiar, intentando en primer término la localización de su propia familia pero buscando alternativas cuando la reunificación familiar no consiga preservar el superior interés del niño, o cuando no sea posible llevarla a cabo en un plazo razonable. En esos casos, la adopción puede ser una alternativa siempre que se tomen las debidas precauciones³⁶.

En la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 se establece una excepción al rechazo en frontera, ya analizado, en los casos de menores solicitantes de asilo en los que «se aplicará la Resolución relativa a las garantías mínimas aplicables al procedimiento de asilo» (art. 2.1). En el supuesto de que el menor se encuentre ya en el territorio en situación irregular «se debe intentar localizar a sus responsables para repatriarlo con ellos» (art. 5).

En el Régimen general de extranjería (art. 62 RLE) se precisa que se procederá a la repatriación siempre que se verifique previamente que «no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares». No obstante, la Propuesta de Directiva del Consejo de la UE presentada por la Comisión el 1 de diciembre de 1999 contiene normas sobre reagrupación familiar.

b) Procedimiento de asilo

Por otra parte, el procedimiento de asilo debería presentar determinadas particularidades cuando el solicitante fuera un menor: la forma de probar los «fundados temores» no puede ser la misma que la de un refugiado mayor, y sin embargo, frecuentemente las legislaciones nacionales no toman este hecho en cuenta.

Este extremo ha sido contemplado en la Resolución del Consejo de la Unión Europea antes mencionada. En ella se regulan las particularidades que debe presentar el procedimiento de asilo en el caso de menores no acompañados: podrá solicitarlo por sí mismo o con asistencia de representante legal, según la legislación de cada Estado; estas solicitudes deberán tramitarse con urgencia; el menor deberá ser convenientemente alojado mientras dura el procedimiento y en éste «deberán tomarse en consideración además de hechos y circunstancias objetivos, la madurez, la edad, y el desarrollo mental del menor así como la posibilidad de que su conocimiento de las condiciones imperantes en su país de origen sea limitado». El Consejo señala que los Estados miembros deberían esforzarse por incorporar a su Derecho interno las presentes directrices antes del 1 de enero de

³⁶ «The refugee children and other displaced children be afforded the special consideration within the framework of this Convention that their particular vulnerable situation may require». Acta final, Decisión C. Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. En este sentido debe tenerse en cuenta los principios propuestos por la Comisión especial para la aplicación de la Convención de La Haya en octubre de 1994. Hague Conference on private international law, Special Commission on the Implementation of the Convention of 29 may 1993, 17-21 oct. 1994, Work. Doc. no. 39 (21 oct. 1994).

1999. La
alguna e
acompañ
determin
del expe
rafo del
años en
materia
Fiscal. E
mitación
terios co
al menoi

C) Rég

Com
régimen
766/199
ción, cu
nacional
situación
pre que
mayores
menores
gimen q
derecho
previo e
las limit

4. DE

Deja
neceser
ción.

A) Da

Hoy
penden

E
n Angl
Simp. 2

1999. La legislación española, sin embargo, aún no ha contemplado especificidad alguna en el proceso de solicitud de asilo cuando el solicitante es un menor no acompañado, salvo lo dispuesto en el artículo 15.4 del Reglamento de asilo que determina la necesidad de que el menor esté representado durante la tramitación del expediente. No obstante, la remisión que dicho artículo hace en su último párrafo debe ser entendida con amplitud: «Los solicitantes menores de dieciocho años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo».

C) Régimen de comunitarios

Como es bien sabido, el régimen jurídico de los comunitarios en España es un régimen privilegiado de extranjería. Según el artículo 2 del Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, modificado en 1995, dicho régimen «se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que a continuación se relacionan: [...] b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas»³⁷. Por consiguiente, algunos menores extranjeros no acompañados podrán beneficiarse en España de este régimen que —según el artículo 4 del mencionado Real Decreto— se traduce en un derecho a «entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de los límites establecidos en el Capítulo III».

4. DERECHOS DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

Dejando al margen los derechos que corresponden a todos los extranjeros, merecen una atención especial en relación con los menores el derecho a la educación, el derecho a la asistencia sanitaria y el derecho a los servicios sociales.

A) Derecho a la educación

Hoy en día, todo menor extranjero que se encuentre en España con independencia de su situación de legalidad tiene derecho y deber a la educación en

³⁷ Este régimen se aplicará por ejemplo a los menores portugueses aunque no son muy numerosos: en Castilla León ingresaron en Centros durante 1998, 9 menores portugueses (del total de 39), en Aragón ese mismo año, 4 de un total de 30, en Cataluña 7 de un total de 218 (en 1999), en La Rioja, 2 de 6 en 1999...; de Galicia y Extremadura no tenemos datos.

las mismas condiciones que los españoles (art. 9 LOE). Sin embargo, esta situación no se ha reconocido legalmente hasta 1986 con el RLE y posteriormente con la LOPJM. Con anterioridad a dicha fecha, los niños extranjeros ilegales (estuvieran o no en situación de desamparo) aun a pesar de que normalmente eran escolarizados, tenían en la práctica problemas para, por ejemplo, obtener la cartilla escolar³⁸. El reconocimiento sin matices, del derecho a la educación con independencia de su situación de legalidad, es evidentemente un paso importante en su integración y por tanto en la prevención de situaciones de riesgo.

Sin embargo, la integración real no pasa sólo por el reconocimiento de un derecho, sino por la consecución de un proyecto de educación intercultural real³⁹, y en los casos en que sea preciso por actuaciones de educación compensatoria. En este último sentido deben tenerse en cuenta el Real Decreto 299/1996, de 28 de febrero, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación⁴⁰ y la Orden que lo desarrolla de 22 de julio de 1999⁴¹. El objeto de esta regulación es, como señala el artículo 1 del Real Decreto, el de «prevenir y compensar las desigualdades en educación derivadas de factores sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de cualquier otro tipo» y entre sus destinatarios se encuentra, como señala el artículo 2, «el alumnado perteneciente a minorías étnicas o culturales en situaciones sociales de desventaja». En la Orden se especifican las actuaciones de compensación educativa en Centros docentes sostenidos con fondos públicos.

B) Derecho a la asistencia sanitaria

En relación con la asistencia sanitaria, el RLE de 1996 reconoció ya, en su artículo 12, el derecho a la asistencia sanitaria sin matices a todos los *menores* extranjeros con independencia de su situación de legalidad, pero se remitía a la CNUDN (art. 24) y a la LOPJM (art. 2.1), y ésta se expresaba en términos muy ambiguos ya que, del tenor de su artículo 10.3, parecía deducirse que sólo tendrían tal derecho los menores extranjeros legales y de los ilegales sólo los tutelados (art. 10.3). Esta ambigüedad jurídica, que en la práctica llegó a dar pie a situaciones de falta de asistencia sanitaria a menores inmigrantes, fue definitivamente zanjada con la Ley Orgánica 4/2000 que, en su artículo 12.3 (no modificado por la Ley 8/2000) señala que «los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

³⁸ La anterior Ley de extranjería reconocía en su artículo 9 el derecho a la educación a los extranjeros «que se hallen legalmente en territorio nacional» y la Ley reguladora del Derecho a la Educación reconocía el derecho a recibir educación a los «extranjeros residentes» —Ley Orgánica 8/1985, de 1 de julio (BOE de 3-7)—.

³⁹ Existen diversos estudios sobre la educación intercultural. Quiero destacar, por todos, el número monográfico de la Revista *Ofrim suplementos* de noviembre-diciembre de 1999 con diez trabajos sumamente interesantes sobre el particular.

⁴⁰ BOE de 12-3-1996.

⁴¹ BOE de 28-7-1999.

C) Derecho

El artículo... la situación... protección de... menores inmigrantes en aspi...

5. DERECHO

La atribución... extranjeros no... seguir la intención... preceptos de... ocupa en rela...

A) Atribución

La atribución... persona la na... puestos legal... guna la volun... vé, la naci... derecho a la r... imitaciones es...

El Derec... *sanguinis*, es... nacidos de es... extranjeros no...

No obsta... *solus* (atribució... sos, la cuestió... ellos, el más...

A...
cuya f...
pañol

⁴² Ley 3/1997, de 4 de abril, de los I... 8.º: (Esta norma... estudios sobre la... Ley 1/1997, de 7... de 28 de marzo, Madrid (art. 26).

⁴³ J. M. RUI... (coord.). *La inm...*

⁴⁴ Ibid. p. 1

mbargo, esta si-
LE y posterior-
s extranjeros ile-
a pesar de que
lemas para, por
matices, del dere-
lidad, es eviden-
prevención de si-

miento de un de-
rcultural real³⁹, y
mpensatoria. En
9/1996, de 28 de
ción de desigual-
de 1999⁴¹. El ob-
al Decreto, el de
as de factores so-
r otro tipo» y en-
l alumnado perte-
e desventaja». En
cativa en Centros

oció ya, en su ar-
s los *menores* ex-
ro se remitía a la
en términos muy
irse que sólo ten-
ales sólo los tute-
egó a dar pie a si-
nmigrantes, fue
1 su artículo 12.3
s menores de die-
asistencia-sanita-

la educación a los ex-
dora del Derecho a la
ntes» —Ley Orgánica

tacar, por todos, el nú-
: de 1999 con diez tra-

C) *Derecho a los servicios y prestaciones sociales*

El artículo 14 LOE reconoce este derecho sin matices y con independencia de la situación de legalidad a los extranjeros en sus párrafos 2 y 3. Las normas de protección de menores de algunas CCAA han reconocido el derecho de los menores inmigrantes a la integración social, cifrándose dicha integración básicamente en aspectos lingüísticos y culturales⁴².

5. DERECHO DE NACIONALIDAD Y MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

La atribución y adquisición de la nacionalidad española por los menores extranjeros no acompañados es la vía jurídicamente más rápida y eficaz para conseguir la integración jurídica de este colectivo en España. Vamos a analizar los preceptos de Derecho español de nacionalidad relevantes en el tema que nos ocupa en relación con posibles supuestos planteados.

A) *Atribución de la nacionalidad española*

La atribución de la nacionalidad significa que «el Estado español impone a la persona la nacionalidad española por estar incluido al menos en uno de los supuestos legalmente establecidos, sin que en los mismos tenga consideración alguna la voluntad del individuo»⁴³. En todos los casos de atribución que el CC prevé, la nacionalidad española es de origen, lo cual supone el goce pleno del derecho a la nacionalidad frente a los españoles no de origen que sufren ciertas limitaciones establecidas constitucionalmente⁴⁴.

El Derecho de nacionalidad español está basado históricamente en el *ius sanguinis*, es decir en la atribución de la nacionalidad española por filiación a los nacidos de españoles, supuesto en que muy raramente se encontrarán menores extranjeros no acompañados, cuyos padres son normalmente extranjeros.

No obstante, las últimas reformas del CC han introducido supuestos de *ius soli* (atribución de nacionalidad por nacimiento en territorio español). En estos casos, la cuestión previa consistirá en probar el nacimiento en territorio español. De ellos, el más relevante a los efectos que nos ocupa es el siguiente:

Artículo 17.1. del CC: «Son españoles de origen: [...] d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español».

⁴² Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla La Mancha (art 20.3); Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía: artículo 9 y Disposición Adicional 8.ª: (Esta norma es comentada por A. RODRÍGUEZ BENOT, *La protección del menor en Andalucía. Tres estudios sobre la Ley andaluza de los Derechos y la atención al menor*. Comares, Granada, 2000); Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores de Canarias (art. 23); Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (art. 26).

⁴³ J. M. RUIZ DE HUIDOBRO, «El derecho español de nacionalidad», en S. ADROHER Y P. CHARRO (coord.), *La inmigración: Derecho español e internacional*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 122.

⁴⁴ *Ibid.* p. 123.

Se trata en este supuesto, como en otros regulados, de evitar casos de apatridia. Requiere filiación no determinada, es decir, filiación desconocida, que no puede equipararse a la filiación no inscrita. La presunción de nacimiento en España establecida en el texto legal es *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario. Pues bien, se han dado algunos supuestos de pretensión de inscripción de nacimiento en el Registro Civil de Ceuta y Melilla de menores abandonados allí. Es llamativa, en este sentido, la Resolución de 3 de octubre de 1992⁴⁵ en la que la Junta provincial de protección de menores de Melilla solicita la inscripción de cuatro hermanos cuya filiación paterna no consta, la materna no está determinada legalmente y han sido declarados en desamparo. Se apoya en los artículos 16.1 LRC y 169 RRC a tenor de los cuales la inscripción de nacimiento de un niño abandonado se debe practicar en el Registro Municipal correspondiente al lugar en el que se encuentra al niño. La DGRN deniega la inscripción basándose en un informe policial que es tajante en afirmar que los nacimientos no han ocurrido en Melilla. Es llamativo el Fundamento de Derecho 6.º en el que la Dirección General alude al artículo 7 CNUDN (derecho a ser inscrito y a una nacionalidad) considerándolo inaplicable puesto que presume que los nacidos tienen la nacionalidad marroquí de la madre.

Se pronuncian en sentido contrario dos Resoluciones que abordan casos similares; la de 16 de enero de 1993⁴⁶ con relación a un caso de un nacido de padres desconocidos que insta él mismo la inscripción, y la de 10 de enero de 1995⁴⁷ en la que la solicitud es instada por el Presidente de la Junta de protección de menores y se admite la inscripción —pese al informe en contra de la Comisaría de policía— basándose en el artículo 169 RRC y el 17.1 CC que considera españoles de origen a los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada presumiendo a estos efectos nacidos en territorio español a los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

B) *Adquisición de la nacionalidad española*

En nuestra legislación existen tres mecanismos para adquirir la nacionalidad española: opción, carta de naturaleza y residencia. De los tres, el que puede tener cierta relevancia en estos casos es el tercero.

El CC exige que la residencia tenga ciertas características: «En todos los casos la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición» (art. 22.3). El plazo general de residencia en España será de 10 años, pero existen plazos mas abreviados: cinco años para asilados y refugiados, dos para nacionales de determinados países (iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes) y uno para casos excepcionales entre los que se contempla el supuesto del que «haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud» (art. 22).

⁴⁵ RJA 1992/8295.

⁴⁶ Anuario DGRN 1993, pp. 1157 ss.

⁴⁷ Anuario DGRN 1995, pp. 1196 ss.

Es de
tenerse el
se puede
Ahora bi
que adre
gislación
gración e
Natur
a los que
tarse sati
formular

En e
licitud si
vil del d
del naci
pañola)
interés c

6. Co

Hen
tranjero
mos. Es
cativa e
importa
chos ca
gración
gamos
respeto

II. M

1. LA
SO

El :
didas a
cuenta

Es decir, tras constituirse la tutela en favor de la entidad pública española, obtenerse el permiso de residencia y transcurrido el plazo que acabamos de señalar, se puede solicitar para estos menores la nacionalidad española por residencia. Ahora bien, el CC no exige en estos casos acreditar únicamente la residencia, sino que además «el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española» (art. 22.4).

Naturalmente, no en todos los casos de menores extranjeros no acompañados a los que nos hemos venido refiriendo a lo largo de este capítulo, podrán acreditarse satisfactoriamente ambos extremos. En cualquier caso, la solicitud podrá formularla:

- a) El interesado emancipado.
- b) El mayor de 14 años asistido por su representante legal.
- c) El representante legal del menor de catorce años.
- d) El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por si solo o debidamente asistido según la sentencia de incapacitación.

En este caso y en el anterior, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido la autorización del Encargado del Registro civil del domicilio del declarante (Registro que será competente también, junto al del nacimiento, para tramitar el expediente de concesión de la nacionalidad española) previo dictamen del Ministerio Fiscal, autorización que se concederá en interés del menor.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos analizado en estas páginas la situación y realidad de los menores extranjeros no acompañados en España y el régimen jurídico aplicable a los mismos. Esta nueva realidad social, que, como hemos visto, comienza a ser significativa en España desde mediados de los años noventa, requiere un esfuerzo importante de adaptación de recursos, de coordinación administrativa, y en muchos casos de elaboración legal. No obstante, de nuevo, el fenómeno de la inmigración sorprende y desborda las previsiones de todo tipo. Confiamos en que tengamos flexibilidad suficiente para responder con eficacia y desde el mayor respeto a los derechos fundamentales a este nuevo reto.

II. MENORES REFUGIADOS

1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MENOR REFUGIADO: LA CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS DE 28 DE JULIO DE 1951

El artículo 22 párrafo 1 CNUDN obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas adecuadas para que el niño solicitante de asilo o refugiado, tanto si se encuentra sólo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona,