

## MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

PONENTE: OLGA HERNÁNDEZ DE PAZ. ASSOCIACIÓ CATALANA DE PROFESSIONALS DE L'ESTRANGERIA (ACPE)

### I. INTRODUCCIÓN

El menor extranjero no acompañado, ha sido y es sin duda, el colectivo migrante que más ha sufrido las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico, pero muy especialmente el que más ha padecido de nuestro sistema burocrático-administrativo, y no precisamente para la mejora de sus condiciones como persona especialmente vulnerable.

Si de entrada, la condición de menor dota a esa persona de un estatuto jurídico de especial protección, cuando además ese menor está desamparado, legalmente dicha protección se torna extraordinariamente garantista.

Sin embargo, cuando al menor y desamparado, se le suma la condición de extranjero, toda esta teoría de protección e interés prevalente del menor decae a favor de su tratamiento como extranjero situación irregular. Realidad que constatamos, nada más abordar esta materia, cuando el Art. 35 de la LOEx, en su primer punto, sienta toda una declaración de principios, esto es: la búsqueda de mecanismos para el retorno del menor.

Si a lo anterior añadimos que en la actualidad nos encontramos ante el conflicto de la declaración de la minoría de edad, resulta una ardua tarea sintetizar toda esta materia, sin poder olvidar nunca la realidad de estas personas, muy vulnerables y cuyos mecanismos de defensa, a menudo frente a la propia Administración, están francamente menguados, sobre todo en lo referido al derecho de Defensa.

A pesar que el objeto del presente artículo es abordar el aspecto administrativo desde el marco del Derecho de Extranjería que le es aplicable al menor, no se puede dejar de resaltar que las diferentes legislaciones autonómicas en materia de tutela resultan plenamente vigentes en el menor extranjero, y que de facto cualquier menor extranjero no acompañado, entre en los circuitos de protección de los órganos competentes dotándoles de aquellos medios de subsistencia básicos.

No obstante lo anterior, debemos resaltar que la modificación del artículo 35 operada por la Ley Orgánica 2/2009, que se ocupa del menor extranjero no acompañado, ha significado un sensible pero significativo avance en los derechos de los menores. Mejora que vino providencialmente auspiciada por las Sentencias que sobre la materia dictó el Tribunal Constitucional (Recurso de amparo 3321/07 y 3319/07), donde reconocieron sin ambages el Derecho de Defensa de estos menores a través de la figura del Defensor Judicial.

El reciente Real Decreto 557/11, de 20 de Abril, desarrolla ampliamente el anterior precepto, regulando detalladamente incluso la situación del menor cuando alcance la mayoría de edad, pero haciendo harto difícil que el mismo pueda alcanzar la regularización administrativa y con ello el adquirir el estatuto de ciudadano de pleno derecho.

Para finalizar esta introducción, y a pesar de esta perspectiva tan poco esperanzadora, no se puede dejar de mencionar, que a pesar de las dificultades, existen entidades y abogados que altruistamente están contribuyendo eficazmente en la búsqueda de soluciones para los menores en esta situación. Y en este sentido cabe destacar muy especialmente la labor del Defensor del Pueblo,

así como algunos homónimos autonómicos, quienes a través de sus recomendaciones desarrollan una labor imprescindible en esta materia. El reciente monográfico publicado sobre la determinación de la edad es buena prueba de ello.

### II. LA DETERMINACIÓN DE LA EDAD

La determinación de la edad, ha devenido en los últimos tiempos el principal problema en materia de menores no acompañados, fuente de inagotable casuística, pero de escasos resultados tendentes a la resolución del conflicto.

No podemos dejar de resaltar que desde ACPE, y en el ámbito de Cataluña, hemos observado, que desde que la Oficina del Defensor del Pueblo, recomendó la paralización de las repatriaciones de menores por vulneración del mínimo de garantías legales en el procedimiento, los hasta entonces considerados menores han dejado de serlo, en base a la conflictiva y polémica prueba radiológica para la determinación de la edad.

Debemos constatar la triste realidad de que a pesar del constante flujo de migrantes menores, todavía no se ha desarrollado una nueva técnica médico forense para la determinación de la edad. Y a fecha de hoy, la principal prueba forense que se practica, la radiológica sobre la muñeca izquierda, tenga como contraste un estudio realizado en Estados Unidos sobre mil menores de etnia blanca nacidos en la década de los años treinta del pasado siglo. Si a ello añadimos que a menudo dicha prueba no es sometida a examen por un forense especializado en la materia, la voluntad del legislador decae, y por ello más que el calificativo de "prueba", debería considerarse como mero indicio.

La cuestión es de extrema gravedad, pues alcanza no sólo a los menores extranjeros no acompañados, sino a un tema tan dramático como el de la trata de seres humanos y en especial de niñas cuyo destino es la explotación sexual.

Todos los operadores jurídicos, convergen en la inadecuación de esta prueba, pero hoy por hoy, el Ministerio Fiscal, encargado de determinar la minoría de edad, basa su acuerdo en este endeble sistema.

Y lo mismo cabe decir, cuando esta prueba, sobre cuyo cientifismo ya hemos hablado se considere de mayor eficacia que la existencia del propio pasaporte, por el hecho de que se dude de su autenticidad. Por ello, hemos de compartir lo expresado por el Defensor del Pueblo en este sentido, y es que si el pasaporte resultare falso, se deberán incoar las oportunas diligencias previas, y en su caso será la Autoridad Judicial, y no el Ministerio Fiscal quien oficie las pruebas necesarias tendentes a la determinación de la edad. Afirmación esta que viene refrendada por la propia redacción del art. 35.1 LOEx, que únicamente permite las pruebas de determinación de la edad cuando el menor extranjero se encuentre indocumentado.

No obstante lo anterior, la Ley exige que todo el procedimiento de determinación de la edad venga presidido por la presunción de minoría de edad, y por ello en tanto en cuanto no se resuelva sobre la cuestión, la persona deberá ser objeto de protección de la misma forma que cualquier otro menor en situación de desam-

paro, tal y como prescribe el propio art. 35.1 LOEx, y el correlativo artículo 190 del Reglamento.

Siendo competencia del Ministerio Fiscal la determinación de la edad, quien tras la práctica de las pruebas concluye su expediente mediante Decreto, y como quiera que de ordinario existirá discrepancia con el interesado, se debería regular dicho trámite en atención a los principios procesales más elementales. Por ello, sería necesario establecer un trámite de audiencia al interesado, debidamente asistido por Letrado, algo que la Ley no impide, y que daría debido cumplimiento al derecho de defensa, aunque se mantendría la grave laguna legal de la ausencia de recursos frente a tan trascendente resolución.

Sin embargo, dicha resolución de Fiscalía, fundamento por el cual el órgano de protección de la comunidad autónoma resuelve desasistir a esa persona extranjera por ser considerada menor de edad, sí que puede ser objeto de impugnación: la resolución del órgano autonómico, es susceptible de ser recurrida en sede jurisdiccional civil al amparo del procedimiento dispuesto en el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### III. LA REAGRUPACIÓN-REPATRIACIÓN DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

Nadie duda que el principio general sea que cualquier menor debe crecer y desarrollarse en el ámbito de su familia. Sin embargo, huelga decir que los menores extranjeros que llegan a nuestro país no vienen simplemente escapando de un futuro de pobreza, sino que nos encontramos con niños que huyen de situaciones desesperadas, donde el ostracismo social, la desasistencia familiar y en definitiva el desamparo, les hace emprender un viaje vital con riesgo de sus propias vidas. Es por ello, que el procedimiento de repatriación es vivido por el menor como un auténtico castigo.

Como ya se ha indicado, este apartado ha sido objeto de una profunda modificación legislativa en gran medida por las Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en sendos Recursos de Amparo, ordinales 3321/07 y 3319/07, y a pesar de que no esté contemplado en toda su extensión, definitivamente se reconoce al menor el derecho de defensa, a través de la figura Defensor Judicial.

La competencia en materia de repatriación es de la Subdelegación del Gobierno donde se encuentre el menor.

Para poder iniciar un expediente de repatriación, es condición sine qua non, el interés prevalente del menor, lo cual exige que tanto la devolución a su país de origen, como su traslado, no socaven la integridad física o psíquica del menor, y que en definitiva responda a la realidad de que ese retorno sea lo mejor para el menor. Por ello, cuando el artículo 191 del Reglamento contempla la posibilidad de sustituir la devolución a la familia por la entrega a servicios de protección del país de origen, no deja de constituir un auténtico despropósito si pensamos de los países de los que provienen estos menores.

Cabe decir, que escasos estudios oficiales se han hecho al respecto, y sin embargo, han sido múltiples las denuncias de organizaciones no gubernamentales, que desde los países in situ han constatado el maltrato a que han sido sometidos los menores repatriados. No obstante de la lectura del actual artículo 191, debemos

pensar que la opción de repatriación deberá serlo tras un pormenorizado análisis de todas las circunstancias que rodeen a cada menor de firma individualizada.

El acuerdo de iniciación debe ser notificado al menor, con información detallada de los antecedentes, que a la práctica debiera entenderse con el traslado del todo el expediente administrativo previo a la pretensión repatriadora.

A continuación se abre una fase de alegaciones de diez días común a todas las partes interesadas, que en el caso del menor deberá entenderse desde la existencia del Defensor Judicial de facto, pues en caso contrario, se mermarían las condiciones de defensa con respecto al resto de intervinientes.

El art. 193 del Reglamento, en una transcripción casi literal de la Ley, dispone que cuando el menor lo sea de dieciséis años, dicha asistencia del Defensor Judicial solo concurrirá en el caso de que tenga madurez suficiente. Dicho párrafo sin duda será fuente de conflictos, pues no se establece qué órgano será el competente para apreciar dicho juicio suficiente en el menor. Entendemos que para dar un debido cumplimiento al desiderátum legal del Derecho de Defensa, el menor deberá ser debidamente informado y de manera comprensible, y si opta por ser defendido, se le deberá nombrar inmediatamente un Defensor Judicial. Y entendemos que ello debe ser así, pues de ordinario, los expedientes de repatriación-reagrupación son promovidos e interesados precisamente por el órgano administrativo de protección.

Como cualquier procedimiento administrativo, puede ser objeto de fase probatoria, con un plazo máximo de treinta días para su práctica.

Asimismo, definitivamente se regula el trámite de Audiencia. Se establece una comparecencia con la asistencia de todas las partes, si bien introduce la posibilidad de que el menor sea asistido en lugar de por su Defensor Judicial, por un representante que él mismo designe. Tras dicho trámite el Subdelegado del Gobierno resolverá.

El decreto sobre la repatriación del menor será susceptible de recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero en este caso el artículo 194 del Reglamento incorpora la obligatoriedad de que el menor solicite derecho de asistencia gratuita, en caso de pretender acudir a los tribunales. Dicho requisito constituye un auténtico exceso reglamentario, pues no está previsto en la Ley, cuestión ésta que deberán dilucidar los Tribunales. No obstante, y dado que nos encontramos ante un menor de edad, entendemos que será el órgano tutelar o de protección del menor, el que deba realizar dicho trámite.

En materia de ejecución, dispone el artículo 195 del Reglamento que para la ejecución de la repatriación del menor, éste será acompañado por personal adscrito a los servicios de protección del menor. Dicho acompañamiento deberá entenderse como garante de que los derechos del menor y su integridad física y psíquica no sean socavados, pues en caso contrario carecería de sentido.

Finalmente se prevé la necesidad de autorización judicial, para aquellos supuestos en que el menor esté incurso en un procedimiento ante los Tribunales. Sin embargo, sorprende que sólo se prevea para aquellos procedimientos que consten en el expediente administrati-

vo, puse qué duda cabe que dicha autorización judicial deberá recabarse de todos los procedimientos judiciales en los que el menor este incurso.

### III. LA RESIDENCIA DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.

Por razones sistemáticas y siguiendo el articulado legislativo, la residencia del menor extranjero ocupa el último lugar, como reflejo del principal objetivo de la legislación, cual es la repatriación y no su documentación. De ahí que el Reglamento todavía disponga un redactado más rígido para la residencia del menor, pues inequívocamente establece que cuando resulte imposible su repatriación y sólo entonces, se procederá a su documentación, es decir a concederle la autorización de residencia. Y ello a pesar de que la autorización de residencia no constituye obstáculo para su reagrupación con su familia de origen.

La regularización de la residencia del menor mediante la correspondiente autorización administrativa, deberá materializarse en un plazo máximo de nueve meses, desde que haya sido puesto a disposición de los servicios competentes.

El plazo de nueve meses a efectos prácticos, ha devenido ineficaz, sin que el nuevo reglamento haya previsto mecanismos eficaces para el cumplimiento del mismo. Y ello es así, porque a pesar de la existencia de un Registro de Menores Extranjeros no Acompañados a nivel estatal, regulado en el artículo 215 del Reglamento, donde se debe proceder a registrar a cualquier menor que es identificado, la realidad es que cada Comunidad Autónoma, toma como día a quo, la fecha de ingreso en su ámbito de protección. Esta interpretación restrictiva conculca, no sólo el principio del interés superior del menor, sino también el propio texto legal, aunque del redactado actual, cabe entender un mayor rigor en la eficacia del referido Registro, lo que significa, la necesidad de una observación pormenorizada, por ejemplo, del propio nombre del menor.

La solicitud puede realizarse por cualquiera de los interesados, incluido el propio menor, y el Reglamento procede para ello a establecer un elenco de requisitos para la obtención de la autorización. De estos requisitos - algunos más propios de una instrucción que de una norma con rango legal-, destaca el del artículo 196.2.b, pues exige documentación acreditativa de la competencia de la persona interviniente en el expediente, cuando la realidad es que dicha autorización puede ser interesada por el propio menor, por sí mismo o a través de Defensor Judicial. La interpretación de dicho precepto sin duda será fuente de conflictos, pero en aplicación del principio más favorable para el administrado, obviamente el propio menor podrá incoar dicha solicitud.

La vigencia de la autorización es de carácter anual, y con el nuevo redactado parece más diáfano que la misma puede ser además de residencia, de trabajo, sin necesidad de requisitos complementarios.

Paradójicamente, en materia de renovación, al menor extranjero se le otorga un estatuto más perjudicial que a los extranjeros mayores de edad. Así, mientras que estos últimos cuando renuevan la vigencia de su autorización, la siguiente autorización es por dos años, cuando el extranjero es menor no acompañado, es de otro año, salvo el supuesto realmente excepcional de que le correspondiere una residencia de larga duración. De ahí que a efectos prácticos resulte indiferente el reconocimiento de la residencia con carácter retroactivo a la fecha de ingreso en el sistema de protección, salvo para que si le sobreviniere la irregularidad, pudiese acreditar arraigo.

No obstante la Ley prevé la renovación de su autorización de residencia al alcanzar la mayoría de edad, sometido eso sí, a

una serie de requisitos que le hacen depender del órgano tutelar, para su definitiva concesión. Destacar igualmente en este extremo que el umbral mínimo del IPREM establecido como mínimo de subsistencia, a efectos prácticos en Catalunya abocará a la irregularidad del menor, pues el eventual subsidio que se le concede está por debajo del actual índice establecido gubernamentalmente.

Curiosamente y cerrando el derecho a la documentación, el propio Reglamento prevé el, por otro parte usual supuesto, de que le menor alcance la mayoría de edad sin documentar. Se debe reconocer que este inciso responde a una realidad, que no debería concurrir, pero que sucede más a menudo de lo que debiera. Sin embargo, ésta podría haber sido la oportunidad de haber incorporado mecanismos más eficaces para la consecución de la Autorización de residencia, especialmente en los casos de menores tutelados legalmente, donde el derecho de documentación debiera operar ipso iure. Pues bien, en estos supuestos, es decir, cuando un menor a pesar de haber estado bajo la protección del servicio correspondiente no hubiere sido documentado por causas no imputables a él mismo, en estos casos, y vía circunstancias excepcionales se le podrá conceder una autorización de residencia.

Concluir que el derecho a una Autorización de Residencia, se torna una difícil carrera de obstáculos, en un premio solo al alcance de los considerados dignos de merecerlo, ignorando el arraigo en nuestro país y el correlativo desarraigo del país de origen, y en definitiva ignorando que se trata de un menor cuyo desarrollo y crecimiento como persona nuestro país fue en gran parte responsabilidad de las diferentes administraciones españolas.

Sin restar mérito a las importantes mejoras legales operadas en la problemática ciertamente compleja de los Menores Extranjeros No Acompañados, somos cautos en cuanto a sus eventuales resultados. Empiezan signos de mejoría: el Colegio de Abogados de Barcelona, ya ha incorporado en su reciente Reglamento del Turno de Oficio, el supuesto de estos menores, con obligatoriedad de formación específica para los Letrados. Sin embargo continúa manteniéndose un amplio margen a la potestad discrecional de la Administración, cuando ha sido ésta precisamente la gran problemática en la materia. Por ello, todo dependerá de la voluntad de los operadores administrativos, que esperemos que también sea sensible a esta nueva regulación. No en vano, la esperanza es lo último que se pierde.

