

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MENOR INMIGRANTE

Sonia García Vázquez

«En los pequeños mundos en que los niños desarrollan su existencia, nada es tan agudamente percibido, y tan agudamente sentido, como la injusticia»

Charles Dickens

Sumario: I. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA. II. UN PECULIAR FENÓMENO DENTRO DEL MARCO GENERAL DE LAS MIGRACIONES: LA INMIGRACIÓN INFANTIL. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: A) ¿Reagrupamiento familiar o simple repatriación?. B) La puesta a disposición de los servicios de protección de menores del país de origen. C) La permanencia del menor inmigrante en territorio español bajo la tutela de la Administración Pública. IV. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO. V. LA INSTRUCCIÓN 3/2003 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

I. LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA

Pese a que el artículo 1 de la Declaración Francesa de 1789 afirma, categóricamente, que los hombres nacen libres e iguales, la realidad de las cosas viene a confirmar que la ulterior desigualdad material que afecta a los menores resulta ser una causa derivada de la eventualidad de su nacimiento en unas coordenadas geográficas determinadas, y en última instancia, de su pertenencia a una familia concreta; puesto que la incardinación del niño en el ámbito familiar constituye una forma de privatizar su *status*, de modo tal que la desigualdad social derivaría, en definitiva, tanto de la mera consecuencia de una condición natural, como de las posibles oportunidades que le brinde su propio contexto familiar.

En efecto, aún cuando todos los particulares están vinculados por el principio de bienestar del menor y por el debido respeto a sus derechos, no cabe duda de que la fracción esencial de su desarrollo vital se produce, por regla general, en el entorno familiar. Como consecuencia de ello, baste advertir que, en cualquier caso, la mayor de las desigualdades proviene de las situaciones de abandono que serán objeto medular del desarrollo de nuestro análisis.

Con el propósito de paliar las situaciones de desamparo nace, en épocas pretéritas, la teoría correccionalista, inspirando la intervención del Estado español que

comienza a implementar medidas con la finalidad de proteger al menor abandonado o, más exactamente, con la diáfana intención de preservar a la sociedad frente al menor abandonado; porque sin negar la voluntad altruista que movió a muchos de sus precursores, la realidad es que la intervención pública dirigida a la protección de los menores de edad estaba dominada por el deseo de prevenir la “desviación” que el abandono podía provocar en el menor¹.

En todo caso, antes de encauzar nuestra investigación en la dirección apuntada, quizá convenga recordar, en palabras de NEIL MACCORMICK, que los derechos de los niños constituyen el *test* más importante para la Teoría de los Derechos Humanos². Absolutamente persuadidos de que la protección de la infancia debería de ser, debido a su vulnerabilidad, de interés prioritario para todos los Estados, nos asomamos a una realidad absolutamente decepcionante desdibujada por la sombra de la paradoja, ante la constatación de que los menores son víctimas del abuso en el seno de sus familias; de la explotación económica y sexual; del infanticidio, difícilmente abordado por los gobiernos y fruto de perniciosos prejuicios tradicionales; de enfermedades curables; del hambre y de las guerras, que les afectan tanto, o más duramente, que a los adultos. En definitiva, los menores constituyen un grupo particularmente indefenso, cuyas heterogéneas necesidades son comúnmente ignoradas.

Así las cosas, ante la mirada imperturbable de los Estados, la realidad se encarga de demostrarnos que, tanto en las grandes áreas urbanas del mundo industrializado, como en los países “en desarrollo”, los menores luchan por sobrevivir, en situaciones de abandono especialmente adversas, uniéndose a grupos que establecen clanes cerrados en busca de una protección que sustituya a la familia que nunca tuvieron, y amparándose en un código de honor que satisfaga su necesidad de identidad³.

Para hacer frente a las graves carencias legislativas existentes en esta materia, se desarrollará durante trece largos años, bajo la égida de Naciones Unidas, la redacción de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Resulta axiomático que se trata de un texto de gran valor simbólico; sin embargo, al ser elaborado por delegados gubernamentales que, en su mayoría, desconocían absolutamente la realidad de la infancia, el resultado fue, si se nos permite, bastante mediocre⁴. Sin atisbo de duda, el hito más relevante de los últimos tiempos en esta materia lo ha marcado la aprobación por Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que encuentra sus antecedentes en la Declaración de Ginebra, aprobada en el año 1924.

No cabe duda de que, frente a los anteriores documentos, este paradigmático texto promueve cambios y aporta sobresalientes novedades. Piénsese que, en primera instancia, ya no estamos ante un texto meramente declarativo de principios genéricos,

1 En nuestro país, los efectos más negativos de la tendencia correccionalista llegaban a su fin cuando el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, declarando aplicables a la reforma del procedimiento excepcional que se seguía en los Juzgados de Menores, las garantías del artículo 24 de la Constitución española. Hasta ese momento, los Juzgados de menores no se sujetaban a las reglas procesales vigentes para las demás jurisdicciones, limitándose, en la tramitación de los diferentes supuestos, a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hubieran de fundarse las resoluciones que dictaban; las cuales se redactaban concisamente, aludiendo, de manera directa, a las medidas que tendrían que adoptarse en el supuesto concreto de ese menor.

2 NEIL MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

3 COMISIÓN INDEPENDIENTE SOBRE ASUNTOS HUMANITARIOS INTERNACIONALES, *El desafío de ser humano*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, págs. 99-101.

4 Vid. JORDI COTS, “Los derechos humanos del niño” (Contraoponencia), en Antonio Marzal (Ed.), *Derechos Humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Esade, Barcelona, 1999, pág. 37.

sino ante un instrumento jurídico vinculante para aquellos Estados que hayan decidido ratificarlo. Además de ello, en segundo término, debemos reseñar que la concepción exclusivamente tuitiva del menor es sustituida por una nueva y distinta percepción que le considera sujeto de derechos, tanto en el ámbito de la libertad, como en el ámbito de la igualdad y la seguridad.

El menor es, desde el punto de vista de la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de derechos pasivos, es decir, de aquellos derechos a recibir prestaciones de los adultos o de los poderes públicos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión; la libertad de expresión e información; la libertad de asociación y reunión, o el derecho de participación.

Ocioso resulta recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se encuentra integrada en nuestro ordenamiento jurídico interno como norma directamente vinculante, al haber sido ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990; pero también se incluye en nuestro acervo legislativo en virtud del artículo 10.2 de la Constitución española, esa cláusula de simpatía con los derechos humanos, como afirma el Prof. PETER HÄBERLE, y, obviamente, a través de la remisión explícita que realiza el artículo 39.4 de nuestra Carta Magna⁵.

Del mismo modo, no podemos omitir, en esta introducción, la mención obligada al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que en su Parte segunda, correspondiente a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, tras luciendo con claridad la coincidencia con la regulación en el ámbito internacional, no sólo dedica, íntegramente, el artículo 24 a los derechos del menor, sino que, con gran acierto, en otro precepto del articulado, concretamente el artículo 32, pone de manifiesto la profunda preocupación de los pueblos de Europa por los derechos de los niños estableciendo la tajante prohibición del trabajo infantil⁶. Partiendo de estos postulados, se reconoce que los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, que podrán expresar su opinión libremente, y que ésta será tenida en cuenta, en función de su edad y de su madurez, y en relación con los asuntos que les afecten, constituyendo el interés del menor la consideración primordial en todos los aspectos vinculados a este delicado colectivo⁷.

Parece conveniente, en todo caso, reseñar que, en última instancia, el problema cardinal radica en concretar qué podemos entender por “interés del menor”, un concepto jurídico indeterminado que puede resultar muy difícil de delimitar, y cuya exégesis pretendemos abordar con posterioridad.

Llegados a este punto, no vamos a intentar aventurar aquí las sempiternas causas que coadyuvan a la existencia de algunos fenómenos sociales como el trabajo infantil, que se convierten en auténticas lacras del Estado moderno; pero sin temor a equivocarnos,

5 LIBORIO L. HIERRO, “**Los derechos humanos del niño**”, en Antonio Marzal (Ed.), *Derechos Humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, Esade, Barcelona, 1999, pág. 24.

6 La tutela de los niños y de los adolescentes, mediante la prohibición de trabajos que les priven del beneficio de la instrucción obligatoria (artículo 7.3 de la Carta Social Europea) no se ha escapado a la atención y sensibilidad del Comité de Expertos Independientes o Comité Europeo de Derechos Sociales, que ha constatado la existencia de disposiciones legislativas, en el ámbito de la Unión Europea, que autorizan a los niños de 15 años o más a desarrollar algún tipo de actividad laboral antes de ir a la escuela. Para más información, vid. LUIS JIMENA QUESADA (Coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 166-167.

7 JOSÉ JUAN GONZÁLEZ ENCINAR (Dir.), *Derecho Constitucional. España y la Unión Europea*, Ariel, 2002, pág. 1358.

podemos afirmar que la pobreza y el alto grado de desprotección forman parte de esos motivos subyacentes. En este sentido, el trabajo de los niños es considerado, en la actualidad, como un problema básico, por su enorme extensión y perniciosas consecuencias.

Partiendo de la cautela previa de que las cifras oficiales aportadas por los distintos Estados no son excesivamente fiables, puesto que suelen referirse, únicamente, a los menores que trabajan con un contrato laboral, la Organización Internacional del Trabajo describe la situación presentándonos un panorama desalentador y preocupante. Sin más consideraciones preliminares, puede resultar extraordinariamente esclarecedor, a la par que decepcionante, conocer las cifras reales que se barajan en la actualidad sobre el número de menores que trabajan en el mundo. Salvado el obstáculo de la inexactitud de las cifras oficiales, estamos en disposición de afirmar que, en el marco de una situación socialmente injusta y éticamente inaceptable, más de ciento veinte millones de niños de entre cinco y catorce años ejercen una actividad económica regularmente, y aproximadamente el 90% de estos menores produce más de cincuenta y cinco horas cada semana.

Aunque no puede, en todo caso, desdeñarse la importancia que la pobreza y los factores culturales (niños que son considerados “propiedad” de los padres) desempeñan en el desarrollo, exento de control, del trabajo infantil; a nuestro juicio, el origen de la utilización de este tipo especialmente vulnerable de mano de obra no puede ser sólo atribuido a la pobreza, puesto que la distribución y extensión de esta forma de trabajo varía, de forma muy significativa, en países con indicadores económicos análogos⁸. A pesar de ello, como es de sobra conocido, resulta innegable que la mayoría de la mano de obra infantil se halla en los países en vías de desarrollo, donde los niños tienen jornadas laborales interminables en explotaciones agrícolas, expuestos al uso de productos químicos nocivos; en basureros; fábricas de alfombras o minas. Lamentablemente, para ellos no existe un periodo de infancia despreocupada.

Aclarado lo anterior, si bien no resulta oportuno detenernos en consideraciones por menorizadas sobre este particular, lo cierto es que no debemos dejar de señalar que entre los aspectos más irritantes del trabajo infantil figura la creciente demanda de adolescentes para fines sexuales. Lo que con esto se quiere significar es que la prostitución infantil se ha convertido en uno de los grandes negocios de diversos países pertenecientes a América Latina y Asia; tornándose la situación complicada porque los menores, una vez prisioneros de las mafias, se sienten demasiado atemorizados para denunciar a sus proxenetas.

Desde estas premisas, interesa también atestiguar que en, al menos, veinticinco países del mundo, los jóvenes pueden ir a la guerra antes de alcanzar la edad requerida para ejercer su derecho al sufragio;⁹ y que a pesar de la reiterada prohibición por parte de la legislación internacional, en lugares desgarrados por conflictos bélicos se recluye a niños y niñas menores de diez años para las fuerzas del gobierno, de la oposición, de las diferentes guerrillas, de los movimientos de liberación nacional, o de las filas de los paramilitares, convirtiéndoles en robots deshumanizados que responden ciegamente las órdenes de un jefe jerárquico. Estos cuatrocientos mil niños y niñas soldados, víctimas del miedo y de la violencia desmedida, han sido, en su amplia mayoría, previamente secuestrados, amenazados y sometidos a crueles “ritos iniciáticos”¹⁰ para probar

⁸ Para un estudio más profundo, véase DANIEL MARTÍNEZ y MARÍA LUZ VEGA RUIZ, **La Globalización Gobernada. Estado, Sociedad y Mercado en el siglo XXI**, Junta de Andalucía, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 173.

⁹ COMISIÓN INDEPENDIENTE SOBRE ASUNTOS HUMANITARIOS INTERNACIONALES, **El desafío de ser humano**, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989, págs.101-102.

¹⁰ Nos referimos, concretamente, al asesinato de sus propios familiares, en especial, aquellas personas que suponían un referente ineludible para los menores; habitualmente, como podemos suponer, la primera víctima suele ser el padre o la madre.

su valor y obediencia; menores que posteriormente requieren una ardua, y no siempre fructífera, labor terapéutica de “desprogramación” psicológica para poder rehabilitarse de esa espeluznante experiencia.

Después de haber oteado este largo camino, carente de luces y preñado de sombras, nos sumamos a una posición reivindicativa que manifiesta que la protección de los niños requiere, acuciantemente, algo más que buenas intenciones plasmadas en un papel; aunque, resulta obvio, que nadie niega el importante valor simbólico de las mismas. Empero, cabe abrigar cierta esperanza ante el hecho de que durante la pasada década surgieran numerosas organizaciones no gubernamentales que se ocupan diariamente de la problemática de los menores en todo el mundo, y podrían servir de revulsivo, animando a los Estados a tomar medidas más efectivas, al tiempo que sensibilizan a la opinión pública en general.

Así las cosas, hemos considerado oportuno determinar, escuetamente, el grado de protección que se ha alcanzado en esta materia a través de dos programas internacionales nacidos al amparo de la, siempre efectiva, colaboración interestatal.

En el punto de arranque de la lucha emprendida por la Organización Internacional del Trabajo contra el trabajo infantil puede encuadrarse el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), puesto en marcha en el año 1992. Esta iniciativa fue constituida, en su origen, por fondos aportados íntegramente por Alemania, aunque, hoy en día, corroboramos que han participado en su financiación más de dieciocho donantes. Por su parte, la contribución española desde 1995 ha hecho factible la ampliación del programa al necesitado ámbito de América Latina.¹¹

Teniendo en consideración que puede constatarse la existencia, aunque no se haya reconocido oficialmente por los países afectados, de trabajo infantil en régimen de esclavitud en Asia meridional, Asia oriental y en África Occidental, los objetivos prioritarios de este ambicioso programa internacional, que ha implementado fuertes medidas específicas en Pakistán y Nepal¹², se centrarían en la eliminación de las formas más abusivas y explotadoras de trabajo infantil: tráfico de menores, prostitución infantil, niños sometidos a trabajo forzoso o en régimen de servidumbre, trabajos peligrosos en canteras, minas, etcétera.

Del mismo modo, parece de justicia subrayar, también, la relevancia del Programa sobre Información Estadística y Vigilancia del Trabajo Infantil (SIMPOC), creado con anterioridad, concretamente en el año 1977, con la finalidad de compilar y analizar datos, porque resulta imprescindible contar con información fiable que permita conocer o, al menos, conjeturar, con cierto grado de exactitud, la dimensión y distribución del trabajo de los menores en el mundo.

Quede, en cualquier caso, puesto de manifiesto que, en definitiva, los pequeños-grandes logros de todos estos fecundos esfuerzos han sido evidenciar la existencia del trabajo infantil en sus formas más crueles, y, al mismo tiempo, acentuar exponencial-

11 SARA RUANO ALBERTOS, **El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria. Grado de adaptación a la normativa española**. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, págs. 277-281.

12 Los objetivos de estas acciones han diferido mucho en los diferentes países. Mientras en América Latina existe una especial preocupación por la erradicación de la prostitución infantil (Costa Rica), el trabajo en canteras de piedra (Guatemala), la agricultura (República Dominicana) y la industria minera (Perú); en Asia se lucha contra la trata de niños (principalmente en Bangladesh, China, Nepal, Pakistán, Camboya, Vietnam y Tailandia).

La mayoría de los programas de acción en África van dirigidos contra la explotación sexual de los niños y el tráfico de órganos. Concretamente existen programas específicos en Etiopía, Kenia, Tanzania y Uganda; y contra el trabajo infantil en la agricultura y en las minas, en Zambia, Uganda y Zimbabwe.

mente una vertiente crítica, sensibilizando a la sociedad y haciéndola participe de algo que nos parece, ciertamente, problemático y no exento de polémica.

Constatada, de esta suerte, la delusoria realidad, sólo resta decir que los niños únicamente podrán ejercer el papel que les corresponde en la sociedad si los adultos estamos convencidos de que la clave del futuro está en sus manos, y que debemos, por tanto, conferirles una atención mucho mayor de la que les presta la sociedad contemporánea y los Estados como gestores sociales.

En términos generales, no conviene olvidar que para la mayor parte de estos menores mantenerse vivos, en países donde reina la cultura de la supervivencia frente a la cultura de la satisfacción, significa vivir en las calles y trabajar por unos ingresos ínfimos; siendo así privados del único derecho capaz de resquebrajar los más estrictos esquemas de clase: el derecho a la educación, un horizonte abierto que les permitiría asistir como adultos formados al futuro progreso de sus países.

Cierto es, desde luego, que nos encontramos ante un círculo de pobreza, analfabetismo y desesperación, que limita el desarrollo de la propia sociedad al atacar su germen más débil: el ser humano en la infancia.

II. UN PECULIAR FENÓMENO DENTRO DEL MARCO GENERAL DE LAS MIGRACIONES: LA INMIGRACIÓN INFANTIL

Según las cifras que maneja la oficina EUROSTAT, el flujo de inmigración extranjera que llega a la Unión Europea ha aumentado, considerablemente, desde el año 1998, y todo parece señalar que sobrepasará, con mucho, las cantidades barajadas inicialmente para los próximos años¹³. Por su parte, el Ministerio del Interior español, afirmaba en julio 2003 que en España viven actualmente 1.448.671 extranjeros, que constituirían un 3,2% de la población total española¹⁴.

Sin embargo, como pone de manifiesto el Profesor JOSÉ ASENSI SABATER, por lo que respecta a Europa, las cifras de las migraciones, no crecen a un ritmo tan espectacular como el que podría deducirse de las dramáticas imágenes de inmigrantes que ponen en peligro sus vidas, y en demasiadas ocasiones, la pierden antes de alcanzar las fronteras europeas¹⁵.

Sentado lo anterior, debemos reparar en un dato muy significativo: entre el amplio colectivo de inmigrantes que llega a España en situación de irregularidad, se ha producido un preocupante crecimiento del número de menores extranjeros,¹⁶ siendo Andalucía, por razones que huelga señalar, la comunidad más afectada por esta situación.¹⁷

13 EUROSTAT, Statistics in Focus: Populations and Social Conditions: Theme 3-19/2001, Luxemburgo, 2001.

14 El Instituto Nacional de Estadística ha ofrecido otros datos diferentes que provienen del Padrón de 2003. A través de su Presidenta, Carmen Alcaide, el Instituto Nacional de Estadística adelantaba, en la presentación del número 99 de la revista Economistas, que en España residen actualmente 2.672.596 extranjeros, un 35'12% más que a finales del año 2002.

15 Vid la excelente monografía de JOSÉ ASENSI SABATER, Políticas de la sospecha. Migraciones Internacionales y principios constitucionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 28.

16 Véanse antecedentes en el Informe MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, febrero de 2001.

17 DIARIO EL PAÍS, "Inmigrantes menores de edad: la aventura de una vida mejor a los 15 años", 2001, <http://elpais.es/temas/inmigración/menua/adolescentes>. En 1999 la Comunidad Autónoma andaluza ya invirtió más de 1.000 millones de pesetas para atender a cerca de 1.800 jóvenes inmigrantes.

Bien es verdad que, dentro del heterogéneo grupo de menores inmigrantes, existe un colectivo concreto que suscita una problemática especial que aún no ha encontrado una respuesta suficientemente efectiva por parte de la Administración pública española. Nos referimos, concretamente, a los menores que llegan a nuestro territorio absolutamente solos; es decir, no acompañados por adultos que puedan hacerse cargo de ellos.

En tales circunstancias, evidente resulta que el tratamiento de este fenómeno requiere, por parte de las autoridades, unas medidas especiales, debido a que la ley impide la expulsión de los menores que se encuentran en esta peculiar situación, y obliga a su acogimiento en instituciones públicas en todos aquellos supuestos en los que fuese imposible localizar a sus padres o tutores, o bien, dejar al menor bajo la custodia de las autoridades de su país de origen.

Cada año miles de menores procedentes del norte de África, especialmente de Marruecos y Argelia, algunos de apenas diez años de edad, entran solos en España poniendo su vida en peligro en busca de un sueño alimentado, no sólo por la miseria de sus países, sino también por el temerario impulso que confiere la oportunidad de asomarse al mundo a través de las antenas parabólicas, permanentemente presentes en la fisonomía de las ciudades marroquíes, que transmiten la imagen de una Europa insulteriormente rica; y, no hace falta ser muy perspicaz para comprenderlo, animados también por los ilusivos relatos de sus compatriotas que, una vez instalados en territorio Schengen, regresan a sus lugares de origen aportando una visión idílica de su paso por la vieja Europa.

En el supuesto de Marruecos, resulta innegable que la realidad demográfica y económica constituyen factores que determinan esa decisión. Repárese en que los indicadores económicos demuestran que su país les ofrece un desolador paisaje de pobreza¹⁸ y falta de oportunidades. En algunos casos, son los propios padres quienes les incitan a emigrar, aunque se calcula que más de un 75% de estos menores viven fuera del núcleo familiar antes de alcanzar tierra española.¹⁹ Esa es la razón por la cual la aplicación de la normativa de protección de menores ha resultado ser, hasta el momento, un fracaso debido a que, en la mayor parte de los supuestos, los menores se oponen sistemáticamente a cualquier tipo de internamiento en centros de acogida.²⁰

Estos peculiares inmigrantes presentan una serie de rasgos distintivos. En primera instancia, la ausencia de familiares en España, que les sitúa en la desprotección más absoluta, favoreciendo la delincuencia de baja intensidad e incrementando el peligro de que caigan en manos de redes mafiosas que se aprovechan de su situación de especial vulnerabilidad. En segundo término, su movilidad geográfica, pues se trata de menores en constante movimiento, no sólo entre las distintas Comunidades Autónomas, sino, incluso, entre el resto de países de la Unión Europea que quedan dentro del espacio Schengen de libre circulación de personas; circunstancia que impone la necesidad de adoptar medidas de coordinación entre las autoridades competentes para asegurar su

18 Según datos del Sumario del WORLD BANK POVERTY UPDATE, Marruecos, 30 de marzo de 2001, la quinta parte de la población vive en la pobreza, y el 44% de los pobres en Marruecos son menores de quince años.

19 Ha de mencionarse que es absolutamente falso el perfil del menor aventurero integrado en el seno de una familia de clase media-alta que vive sin grandes problemas económicos en su país. HUMAN RIGHTS WATCH, **España y Marruecos. Callejón sin salida. Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes**, Volumen 14, nº 4, Mayo 2002, España.

20 ELISEO AJA (Cord.), MARCO APARICIO, MIGUEL ÁNGEL CABELLOS, DAVID MOYA, LAURA DIEZ, EDUARD ROIG, **La nueva regulación de la inmigración en España**, Institut de Dret Public, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 73.

seguimiento y protección, y en todo caso, la continuidad en los programas de ayuda. En tercer y último lugar, la absoluta carencia de documentación, que obliga a las autoridades a determinar su edad, no sólo para documentarles, sino también para tomar una decisión correcta sobre su futuro a corto y medio plazo.

Ante el panorama descrito aquí de manera global, puede concluirse que estamos asistiendo al incremento de un peculiar fenómeno dentro del marco general de las migraciones: la inmigración infantil, que exige una respuesta del legislador desde una perspectiva más amplia, al mismo tiempo que demanda soluciones coherentes que no originen antinomias ni vacíos legales en el ordenamiento jurídico.

La Constitución Española de 1978, al enumerar en el Capítulo III del Título I los principios rectores de la política social y económica, hace referencia a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia; y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. No se olvide que el artículo 39 de nuestra Carta Magna sienta las bases del muro de protección de la infancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno²¹, presentándose como norma constitucional tuitiva que debe de interpretarse a la luz del artículo 10.1 CE, precepto clave dentro del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales, que nos conduce a los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, que operarán como límites infranqueables en la protección constitucional del menor desde los parámetros de nuestro modelo constitucional, que no es otro que el Estado social y democrático de Derecho; pero no sólo amparando al menor nacional o al menor inmigrante en situación de regularidad, sino a todos los menores en general, independientemente de su situación administrativa.

En otras palabras, la Constitución española de 1978 no sólo garantiza a los menores inmigrantes la titularidad y el ejercicio de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, sino también, de conformidad con los tratados internacionales y en línea con los principios y valores que comporta la fórmula jurídico-política por la que se ha decantado el Estado español, les reconoce otros derechos que contribuyen a dibujar el marco constitucional del estatuto personal del menor inmigrante en España; comenzando por la pretensión de protección del artículo 39, que sitúa al Estado (artículo 39.2 CE) y a los padres (artículo 39.3 CE) como sujetos activos de una obligación destinada a proporcionar, de manera complementaria y no excluyente, asistencia a los menores.

Teniendo en consideración todo lo dicho anteriormente, podemos colegir que una legislación de desarrollo coherente con los límites de protección marcados por la Constitución, no debe conformarse con no traspasar estos límites, sino que, debería tratar de cubrir lagunas promoviendo los valores estipulados en las disposiciones de carácter general²².

21 Hay que analizar, de igual modo, la impronta del artículo 20.4 CE, y, por supuesto, el artículo 10.2 CE, a efectos interpretativos, en orden a determinar si las disposiciones de nuestra Constitución sobre protección de la infancia operan también, o no, con respecto a los menores extranjeros.

22 En esta línea, vid. CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ, **La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

El niñ@ inmigrante puede definirse como aquél que abandona su país, solo o con sus familiares, en busca de una vida mejor, que le permita desarrollarse, evitar la indigencia, la marginación y la pobreza. Ciertamente, como consecuencia de que las situaciones concretas en las que puede encontrarse varían de manera considerable, resulta una tarea ardua proporcionar una definición unívoca de “menor inmigrante”; pero la aplicación de esta normativa específica exige una previa delimitación de qué se entiende, a estos efectos, por “menor”.

El artículo 1 del Convenio sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, lo describe como, “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, de conformidad con la legislación que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Fiel a este criterio, también el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, limita su ámbito de aplicación personal a los menores de dieciocho años.

Precisamente por estar en una situación socio-económica frecuentemente desfavorable, el menor inmigrante ha de ocupar un lugar propio en la categoría de niñ@s extranjeros, requiriendo medidas intervencionistas específicas destinadas a asegurar su protección y el pleno ejercicio de sus derechos como persona y como ciudadano del futuro.²³

Es evidente que el régimen jurídico de estos menores origina una miscelánea de problemas, entre los que cabe destacar, además del alto grado de descoordinación de las autoridades públicas competentes en la materia, la gran dispersión normativa existente, puesto que para determinar o “construir” el estatuto jurídico de los menores extranjeros hay que acudir a múltiples normas distribuidas a lo largo de diferentes cuerpos legislativos. Todo ello ocasiona grandes lagunas, inseguridad jurídica e incertidumbre en cuanto al contenido y existencia de la regulación legal. Como consecuencia directa, la protección de los menores inmigrantes se realiza siempre bajo la égida de los distintos convenios internacionales de los que España es parte, que actualmente, desplazan, casi en su totalidad, a las normas de origen autónomo.

En el plano jurídico, como anunciábamos, los convenios internacionales cubren buena parte de las lagunas de las que adolece nuestro ordenamiento jurídico respecto de esta materia²⁴. Interesa subrayar aquí que los menores gozarán de los derechos reconocidos por los Tratados internacionales sin distinción alguna por razón de nacionalidad. Piénsese, sin embargo, que, desafortunadamente, muchos de esos textos internacionales no serán de aplicación en la mayor parte de las ocasiones, dado el reducido número de Estados parte firmantes, entre los que no se encuentran Marruecos ni Argelia, que son los países de habitual procedencia de los menores inmigrantes que cruzan las fronteras españolas no acompañados.

En cualquier caso, el problema radica en las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico interno. En la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los

23 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, “Situación Jurídica y Protección Social de los Niños Extranjeros en España”, en Mercedes Moya Escudero (Coord.), Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería, Granada, 2001, pág. 134.

24 Sin duda alguna, entre todos los textos de carácter internacional ratificados por España destacaríamos, por su relevancia, el Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de medidas de protección.

derechos y libertades de los extranjeros en España, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero no existían, apenas, referencias a los menores inmigrantes.

Ante tal tesitura, la pretérita Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, decidió ocuparse de los menores inmigrantes en diversos preceptos de su articulado, y muy especialmente, en el artículo 32 relativo a la residencia de menores. Después de la reforma, operada por el Gobierno del Partido Popular, dicho precepto pasó a ser el artículo 35 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Esa circunstancia a que acabamos de referirnos es, precisamente, la que motiva que el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 8/2000 dedique a la regulación de esta materia dos preceptos de la Sección 6ª del Capítulo II, concretamente, el artículo 62 que se refiere a los menores extranjeros en situación de desamparo, y el artículo 63, que alude a los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros.

Resulta, a todas luces, evidente que se inaugura, de este modo, una nueva etapa en la que se enmarca la presente regulación de extranjería, contenida en la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, que dedica íntegramente a esta materia el artículo 35 que lleva por título: "Residencia de menores". Sin embargo, hay que advertir que tan sólo se refiere a esta cuestión su apartado 4, pues el resto de los párrafos están pensados para resolver las situaciones que se plantean durante el lapso temporal que transcurre desde que el menor es localizado en territorio español hasta el momento en que es puesto a disposición de los servicios sociales, haciendo referencia, también, a su posible repatriación o retorno. No encontraremos en este artículo alusión alguna a los menores refugiados, menores en situación de acogida o menores que se encuentren en nuestro territorio integrados en el seno de sus respectivas familias.²⁵

Aclarado lo anterior, aunque habremos de volver sobre la cuestión más adelante, tal vez sea importante tener en cuenta que la dicción literal del artículo 35 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, regula dos situaciones diferentes:

- a) La del menor indocumentado sobre cuya mayoría de edad se alberguen dudas razonables. En tal supuesto las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, que tendrá la competencia para ordenar la determinación de su identidad y edad. Ni que decir tiene que una vez constatada la minoría de edad, se pondrá al menor a disposición de los servicios de protección de menores. Posteriormente, será la Administración del Estado quien determinará el criterio esencial para la reagrupación en su país de origen o en aquel en el que se encuentren sus familiares; o bien, la repatriación en el supuesto de que los servicios competentes de protección de menores de su país se hiciesen responsables del mismo.
- b) La del menor tutelado por la Administración Pública, al cual se le documentaría, finalmente, con una autorización de residencia, si se constata la imposibilidad de su repatriación.

El citado precepto pone de manifiesto que cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no

25 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, "Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España", en Mercedes Moya Escudero (Coord.), Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería, Comares, Granada, 2001, pág. 132.

pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad; procedimiento en el que se requerirá la colaboración de las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán al menor las pruebas necesarias para llegar a conclusiones fiables. Una vez que se determine la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

En su redacción originaria, exenta de modificaciones, el artículo 35 afirmaba que ante un supuesto de localización en territorio español de un menor extranjero no acompañado el hecho se pondría inmediatamente en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares. La referencia al Ministerio Fiscal se introdujo durante la tramitación de la Ley Orgánica 8/2000, objetando que, además de agilizarse los trámites burocráticos, no se consideraba oportuna la intervención previa del Juzgado de Menores porque parecía criminalizar la sola presencia de ese menor en España.²⁶

La clave de bóveda de este procedimiento descansa en la actuación de la Administración Pública que, conforme al principio de reagrupación familiar y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre la repatriación del menor a su país de origen o a aquél donde se encuentren sus familiares. Ha de recordarse, por último, que acreditada la imposibilidad de retorno con su familia, se procederá a otorgarle un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, considerándose regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados por la Administración Pública.

No debemos finalizar este apartado sin centrar nuestra atención en el papel principal que la legislación otorga al Ministerio Fiscal, obligando a las autoridades a mantenerlo al corriente de todas las actuaciones que se lleven a cabo con respecto a estos niños inmigrantes. Así pues, parece oportuno proceder a realizar unas breves consideraciones sobre el papel de los fiscales en este tipo de procesos, sin perder de vista que la protección de los menores por parte de la Fiscalía es una competencia antiquísima que hunde sus raíces en una ordenanza judicial de Fernando IV que data del año 1310.²⁷

La Constitución española de 1978 se refiere a las funciones del Ministerio Fiscal en el artículo 124.1, dentro marco del Título VI, “Del Poder Judicial”; si bien, como sabemos, esta ubicación no implica que forme parte del mismo, sino que simplemente obedece a cuestiones de economía legislativa.²⁸

Interesa subrayar que es en el marco del cumplimiento de las misiones generales encomendadas por la Constitución donde los fiscales desarrollan sus funciones específicas. Se hace, por tanto, preciso traer a colación el contenido del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en el que se enumeran taxativamente esas funciones, siendo una de las más relevantes la de asumir o, en su caso, promover, la representación y defensa en juicio, o fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de

26 BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “**Los menores en el Derecho de Extranjería**”, en VVAA, Extranjeros en España. Régimen Jurídico, Laborum, Murcia, 2001, pág. 361.

27 IGNACIO FLORES PRADA, **El Ministerio Fiscal**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 478.

28 TERESA SEVILLA MERINO, “**El Poder Judicial**”, en Remedio Sánchez Ferriz y María Vicenta García Soriano, Funciones y Órganos del Estado Constitucional Español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 329.

representación legal no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan, y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos.²⁹

Como concreción de tan variados ámbitos de intervención, la legislación vigente al efecto nos ofrece, desde un punto de vista general, el siguiente panorama de competencias: el Fiscal se ocupará, principalmente, de promover la constitución y vigilancia de la tutela (artículos 228 y 230 del Código Civil), remover al tutor (artículo 248 CC), desempeñar labores de vigilancia y determinar los medios de protección necesarios en las llamadas “tutelas automáticas”, y del acogimiento o guarda de menores encomendados a instituciones públicas.

Ciertamente, a pesar de que la propia legislación otorga un papel protagonista al Fiscal en los procesos relativos a menores, consideramos que se debía potenciar, aún más, su función en un ámbito tan delicado como el de los procesos que conciernen a menores inmigrantes en situación de desamparo.

Interroguémonos, pues, acerca de cuáles serían las vías reales para mejorar su intervención dentro de ese proceso. Desde nuestra humilde perspectiva, sería imprescindible, en primer lugar, que el Ministerio de Justicia aporte una formación reforzada al personal de la fiscalía³⁰ y de la judicatura con respecto a las necesidades especiales y a los derechos de los niños inmigrantes no acompañados. Sería deseable, igualmente, que los fiscales investigaran, de oficio, las expulsiones ilegales; que controlaran las condiciones de vida de los menores que se encuentran ingresados en los centros de internamiento; y, especialmente, a los efectos de que las reagrupaciones se desarrollen con las mínimas garantías, que exijan, previa comprobación de que el regreso no plantea ningún riesgo para la seguridad del menor, que las órdenes de reagrupación familiar estén respaldadas por documentos actuales que acrediten que un familiar está en disposición de cuidar del niño, o bien, que un organismo de protección de la infancia se hará cargo del mismo a su regreso al país de origen.

Lógicamente, la puesta en práctica de la concreta medida que convenga al niño y, por tanto, el inicio de un camino para dar respuesta a su situación en nuestro país se complica sobremedida si no se conoce la identidad del menor ni la de su familia, ni tampoco las circunstancias de vida en las que se encontraba en su país. Esta situación de incertidumbre presenta problemas de todos los órdenes, pues, de un lado, si se desconoce cuál es su nacionalidad, no puede intentarse su repatriación, ni, obviamente, su reagrupación familiar. Por otro lado, la masiva acogida en los centros de protección de menores de las diferentes Comunidades Autónomas está comenzando a provocar disfunciones en su régimen de funcionamiento, mermando las posibilidades de que puedan ponerse en práctica medidas adecuadas para conseguir su plena integración social.

En principio, como decíamos, la legislación española reconoce la prioridad del trámite de determinación de la edad, teniendo en consideración que es crucial para garantizar a un menor no acompañado el derecho a ser protegido como tal. La realidad de las cosas viene a confirmar que los niños@s extranjeros temen revelar su edad, el máspreciado de sus secretos, porque son plenamente conscientes de que si se les considera mayores de edad, pueden ser expulsados de nuestro territorio de manera inmediata.

29 Sobre las misiones constitucionales y las facultades del Ministerio Fiscal ver, por todos, CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Ministerio Fiscal*, Aranzadi, Navarra, 1999, págs. 85-88.

30 Teniendo en consideración que el Ministerio Fiscal tiene competencias de custodia sobre menores y de control sobre los centros de acogida, nos parece una gravísima deficiencia que Ceuta y Melilla dispongan de tan pocos profesionales pertenecientes a la Fiscalía especializados en esta materia.

De conformidad con lo dispuesto en nuestro sistema jurídico, será “menor” el que no haya alcanzado la mayoría de edad, situada en los 18 años. En todo caso, podría ser interesante considerar la posibilidad de que la minoría o mayoría de edad de una persona que llega al territorio español pudiese determinarse de conformidad con lo dispuesto por su ley nacional, a efectos de precisar el concepto de menor.³¹

En consonancia con la anterior teoría, sería la ley nacional, si se conoce, la que determinara si nos encontramos ante un mayor o un menor de edad.³² Aunque no nos es posible extendernos en este particular, esta solución resulta, a nuestro juicio, inapropiada, puesto que eso supondría dispensar un tratamiento diferenciado a personas que están en la misma situación jurídica, creando el desafortunado resultado de que cuando la legislación nacional del menor considere una edad inferior a la estipulada por la legislación española, se le tendría que considerar mayor de edad, y esto le conduciría, ineludiblemente, a una situación mucho menos favorable.

Pues bien, como decíamos, con la finalidad de determinar la edad del supuesto menor los médicos realizan algunas pruebas que habitualmente se circunscriben, en primera instancia, a una oseometría, es decir, una radiografía de la muñeca que determinará si el crecimiento del hueso prosigue o se ha detenido. Los expertos advierten del amplio margen de error de la referida prueba, y denuncian que se exponga a los niños a una radiación innecesaria. Otros elementos de enjuiciamiento serían las tablas de altura o los exámenes dentales, pero es imprescindible poner de manifiesto que los resultados tampoco son excesivamente fiables. El Programa Separated Children in Europe, una iniciativa conjunta del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Alianza SAVE THE CHILDREN en Europa, ha manifestado que las tablas óseas existentes están desfasadas y se basan sobre todo en las medidas físicas de individuos de raza blanca.³³

Se observan, en este punto, diferencias significativas entre la teoría y la práctica, puesto que a pesar de la retórica legislativa, la mayor parte de las veces no se lleva a cabo examen forense alguno, sino que, por el contrario, será la policía o el personal del centro de acogida al que le remitan quien calcule visualmente su edad cuando lo tomen en custodia.³⁴

Después de hacer un somero análisis de los métodos utilizados, podemos concluir que, más frecuentemente de lo que sería deseable, se utilizan procedimientos de determinación de la edad, susceptibles de catalogarse como “arbitrarios”, ya que escasas veces se tiene en consideración el alto margen de error de las pruebas forenses, y tampoco se permite a los niños que aporten pruebas como el historial sanitario o el expediente académico.

El Programa GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración) contempla la mejora de los mecanismos existentes para la protección de los menores extranjeros no acompañados con una serie de medidas estipuladas en la acción 3.6; siendo una de las más significativas la colaboración con las instituciones sanitarias, que establecerán los centros donde se harán, con cierta urgen-

31 Vid. artículo 1 de la LO. 1/96, de 15 de enero, de Protección del Menor.

32 Cfr. al respecto HILDA GRIEDER MACHADO, **“Las incapacidades y sus medidas de protección”**, en M. Aguilar Benitez de Lugo y otros, *Lecciones de Derecho civil nacional*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 53-54.

33 SANDY RUXTON, **Separated Children Seeking Asylum in Europe: A Program for Action**, Save the Children & ACNUR, 2000, págs. 50-54.

34 HUMAN RIGHTS WATCH, **España y Marruecos. Callejón sin salida. Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes**, Volumen 14, nº 4, Mayo 2002, España.

cia, las pruebas que determinen de manera fidedigna la edad de los niños que carecen de documentación.

Aunque la responsabilidad sobre este colectivo tan vulnerable recae de forma directa sobre varios ministerios del Gobierno central y sobre los órganos autonómicos competentes³⁵; a nadie se le oculta que la implementación de las primeras medidas tuitivas de los menores extranjeros en territorio español, provendrán de la intervención de los servicios de protección correspondientes en cada una de las Comunidades Autónomas.

En este contexto, el problema fundamental radica en que el Gobierno español no garantiza que las disposiciones se apliquen a los menores de manera uniforme, sino que, por el contrario, los diferentes gobiernos autonómicos optan por aplicar selectivamente la Ley de Extranjería, o bien por ignorarla totalmente. Contrariamente, pensamos que el Gobierno debería facilitar la coordinación interministerial y la cooperación con el Ministerio Fiscal, para estar en disposición de garantizar que los niños inmigrantes no acompañados tengan acceso eficiente a los centros de acogida, documentos de residencia temporal, atención médica y derecho a la educación, tal y como estipula la legislación española y comunitaria.

Según AMNISTÍA INTERNACIONAL, como consecuencia de la descoordinación de las autoridades españolas, muchos de estos menores se ven abocados a situaciones de hacinamiento en centros de acogida donde, en ocasiones, les son negados servicios a los que tienen derecho, como decíamos, en virtud de la legislación interna, comunitaria, e internacional. La situación de estos centros para menores es bastante complicada: se han denunciado casos de violencia extrema de algunos menores frente a los educadores; prácticas disciplinarias abusivas, con carácter aislado, por parte de ciertos miembros del personal de los centros de acogida; negación de la atención médica a problemas de salud graves; insuficiencias alimenticias, etcétera.³⁶

Sin atisbo de duda, los enclaves geográficos más conflictivos son, en este aspecto, Ceuta y Melilla³⁷. Estas ciudades se han ganado las críticas y las denuncias de

35 En cuanto al reparto constitucional y estatutario de competencias, destacaremos que, según LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, las competencias de carácter administrativo corresponden a las CCAA, de conformidad con el reparto desarrollado por nuestra Carta Magna.

Así han venido surgiendo en las Comunidades Autónomas normas de carácter general que concretan el ejercicio de las competencias para poner en marcha medidas adecuadas.

- *Aragón*: Ley 10/1989, de 14 de diciembre, sobre protección de menores.
- *Cataluña*: Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados.
- *Extremadura*: Ley 4/1994, de 10 de noviembre, sobre menores, protección y atención.
- *Baleares*: Ley 7/ 1995, 21 de marzo, sobre menores desamparados.
- *Madrid*: Ley 6/95, de 28 de marzo. Derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid.
- *Andalucía*: Ley 1/1998, de 20 de abril, sobre los derechos y atención del menor.
- *Castilla La Mancha*: Ley 3/1999 de 31 de marzo, sobre el menor.

Sin duda alguna, la legislación más completa en torno a la situación del menor inmigrante ha sido la promulgada por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Véase ANA ARCE, "**Menores extranjeros**". Revista de Extranjería del Colegio de Abogados de Zaragoza, nº 4.

36 La mayor parte de estos niños proceden de familias que profesan la religión musulmana, y la comida solía contener cerdo, que es un animal que muchos de ellos se niegan a ingerir por cuestiones religiosas y culturales.

37 El Gobierno español transfirió a Melilla las competencias en materia de Servidos Sociales en el año 1997, y dos años después a Ceuta, pero consideramos que ante el panorama actual que se está viviendo en ambas ciudades, el Estado no sólo puede, sino que está en la obligación de intervenir en beneficio del interés de los menores, o incluso valorar la posibilidad de retirar esa competencia debido a las graves deficiencias que se han detectado.

muchos actores sociales. Por supuesto que no negaremos que les corresponde interpretar aquí el más difícil de los papeles, pero eso no les exime de la crítica por el alto grado de desorganización³⁸, la situación de los centros de acogida y el trato que se dispensa a los menores en los mismos. Hasta el momento, parece que la única medida efectiva que han tomado las autoridades de estas ciudades ha sido promover la expulsión sumaria de los menores extranjeros como solución al creciente problema que les afecta de manera directa.³⁹ La situación de estos niños en Ceuta y Melilla ha sido, con más frecuencia de lo que sería deseable, lamentable.⁴⁰

En otro orden de cosas, regresando al tema central que nos ocupa, debemos poner de manifiesto que catalogamos como “desamparo” aquella situación que nace del incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que establecen las leyes para la guarda de menores. En estos supuestos la tutela administrativa *ex lege* implicaría que los padres del menor son suspendidos del ejercicio de la patria potestad.⁴¹

Esta paternalista intención viene a concretarse, al menos parcialmente, en el artículo 60.2. del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería 4/2000, reformada por la LO 8/2000, que prevé la creación de un Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo dependiente de la Dirección General de Policía que contendrá, a efectos puramente identificadores, los siguientes datos:

- a) Nombre y apellidos del menor, nombre de los padres, lugar de nacimiento, nacionalidad y última residencia en el país de procedencia.
- b) Impresión decadactilar.
- c) Fotografía.
- d) Centro de acogida donde resida.
- e) Organismo público bajo cuya protección se halle.
- f) Resultado de la prueba ósea de determinación de la edad, según informe de la clínica forense.
- g) Cualquier otro dato relevante a efectos identificadores.

En definitiva, cuando un menor extranjero se encuentra solo en nuestro país y ha sido identificado, es preciso realizar un tratamiento individualizado de cada caso, procurando hacer un análisis de su trayectoria de vida y de su perfil para adoptar las medidas de protección que garanticen de manera óptima el respeto de su interés superior.

La Ley 1/1998, de 20 de abril, de derechos y atención al menor, de la Comunidad Autónoma andaluza, ofrece interesantes posibilidades para poder valorar las circuns-

38 Ningún organismo oficial asumía activamente la responsabilidad de garantizar la protección de los menores inmigrantes de Ceuta y Melilla.

39 Según las informaciones contempladas en el informe de HUMAN RIGHTS WATCH, en octubre de 1998, tres policías locales de Ceuta presentaron una denuncia ante la Fiscalía para protestar por las sistemáticas expulsiones sumarias de menores que se estaban practicando, aportando como pruebas fotografías, copias de documento y testimonios (pág. 43).

40 ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, “**Los niños de la calle en Ceuta: racismo y desamparo**”, <http://www.reicaz.es/extranjeria>.

Vid. JESÚS PRIETO, “**Niñas marroquíes esclavas en Melilla**”, Andalucía Libre, Correo nº 96, 2001. Ha suscitado mucha polémica el supuesto tráfico de niñas marroquíes a Melilla para que trabajen en servicio doméstico.

41 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, “**Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España**”, en Mercedes Moya Escudero (Coord.), Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería, Comares, Granada, 2001, pág. 147.

tancias en las que se encuentran estos niños extranjeros, pues introduce el concepto de “menores en conflicto social”, que se define como “aquellos que por su situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otra personas”.⁴²

Llegados a este punto, resulta imprescindible diferenciar entre menores en situación de riesgo y menores en situación de desamparo. Una situación de “riesgo”, podría definirse como aquella en la que el menor no se encuentra desamparado, pero lo más probable es que si no se pone en marcha algún tipo de medida preventiva, llegue, fácilmente, a esa situación de absoluta desprotección. El desamparo, como ya hemos tenido la oportunidad de recordar, haría referencia a una situación de desasistencia de hecho de carácter irreversible.

Pues bien, conforme a la normativa civil, si el menor no ha llegado solo al territorio español, sino acompañado de sus padres u otros familiares adultos, no podrá considerarse que el niño está en situación de desamparo, salvo que esté efectivamente desasistido; y, por tanto, no podrá ser sometido a la tutela de la Administración pública competente en materia de protección de menores.⁴³

El supuesto de que el núcleo familiar se encuentre en una situación de irregularidad administrativa, abocará al menor a una dramática situación. Con frecuencia, los adultos que le acompañan serán expulsados; mientras, el menor podría sufrir la misma suerte, o bien ser separado del núcleo familiar y ser ingresado en un Centro de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre.

El gran problema radica en que la situación jurídica de los menores extranjeros en nuestro país no se encuentra totalmente regulada. Hubiese sido deseable que la legislación aportase soluciones claras sobre la situación administrativa de los niños que vienen a España en compañía de sus padres u otros familiares adultos; de los que obtienen permisos de residencia o de trabajo; o de los que no tienen ninguno de dichos permisos.

Afortunadamente, la regulación contemplada en la actual Ley de Extranjería resulta diáfana por lo que respecta al régimen jurídico de los menores inmigrantes no acompañados, materia que constituye el pilar basilar de nuestra exposición. Retomando lo anteriormente puesto de manifiesto, evidenciaremos que tan sólo caben tres posibilidades destinadas a aportar soluciones a la controvertida situación de estos menores no acompañados:

- A) Retornar con su familia a su país de origen o al lugar en el que aquélla se encuentre.
- B) Quedar a disposición de los servicios de protección de menores de su país de origen.
- C) Permanecer en territorio español bajo la tutela de la Administración pública.

En esta complicada disyuntiva, tal y como hemos visto, confluyen competencias de la Administración del Estado y de los servicios de protección de menores dependientes de las diferentes Comunidades Autónomas. Sin embargo, será la Administración general del Estado la que resolverá lo que proceda después de haber oído al menor, como garantiza el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección

42 BOJA, núm. 82, abril de 1998.

43 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, “Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España”, en Mercedes Moya Escudero (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Gomares, Granada, 2001, pág. 142.

Jurídica del Menor.⁴⁴

A) ¿Reagrupamiento familiar o simple repatriación?

Pues bien, ocupémonos, en primera instancia, de la primera de las posibilidades que ofrece la legislación española. Para abordar esta cuestión, es importante apreciar las diferencias existentes entre el retorno y el reagrupamiento. De este modo, cuando el niño es devuelto al país de origen habiendo sido localizados previamente los familiares, nos encontraríamos ante un supuesto de reagrupación. De otro modo, estaríamos ante una simple medida de retorno con connotaciones de expulsión.⁴⁵

Si observamos la regulación de otros países europeos, constataremos que la legislación italiana introduce figuras análogas a las de nuestro ordenamiento jurídico que merecen una especial atención. Mientras que la Ley de extranjería 40/98 incluía a los menores extranjeros no acompañados que se encontraran en territorio italiano en la categoría de “extranjeros protegidos frente a la expulsión”, el decreto legislativo 113/1999 operó ciertas modificaciones restrictivas en el régimen jurídico aplicable a estos menores extranjeros, incorporando la posibilidad de repatriación de los mismos. En opinión de la Profesora ÁNGELES SOLANES existen varios aspectos que permiten cuestionar la constitucionalidad de la medida de repatriación asistida en Italia. Entre ellos, el hecho de que esta medida se acuerde por el llamado Comité para los Menores Extranjeros⁴⁶, ya que las limitaciones a la libertad personal, según el artículo 13 de la Constitución italiana, sólo podrían ser adoptadas por la autoridad judicial, y en ningún caso por una autoridad administrativa.⁴⁷

En España, el procedimiento para la repatriación del menor se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor. Por consiguiente, parece que la iniciativa para la repatriación puede provenir tanto de la Administración estatal como de la autonómica. Si bien esto es así, la única competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación del menor extranjero en situación de desamparo será la Administración del Estado, que actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno. Esta solución parece ser la más respetuosa con la dicción literal del artículo 149.1.2 de nuestra Carta Magna, precepto fundamental sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el que se establece la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración, emigración, extranjería, nacionalidad y derecho de asilo.⁴⁸

En principio, se intentará localizar a la familia del menor o, en su defecto, avisar a los servicios de protección de menores que pudieran hacerse responsables del mismo. Esto se hará por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación,

44 Efectivamente, los menores tienen derecho a ser oídos, pero la realidad demuestra que en pocas ocasiones acuden a las audiencias. HUMAN RIGHTS WATCH, España y Marruecos. Callejón sin salida. Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes, Volumen 14, nº 4, Mayo 2002, España.

45 GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, “Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España”, en Mercedes Moya Escudero (Coord.), Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería, Comares, Granada, 2001.

46 El Comité para los Menores Extranjeros es un órgano de carácter excesivamente administrativo y absolutamente carente de independencia.

47 ÁNGELES SOLANES CORELLA, El espejo italiano. Universidad Carlos III e Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

48 BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “Los menores en el Derecho de Extranjería”, en V.V.A.A., Extranjeros en España. Régimen Jurídico, Laborum, Murcia, 2001, pág. 364.

que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería para que realice las “gestiones necesarias ante las Embajadas correspondientes”.

Si no existiera representación diplomática en España, esas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. Una vez localizada la familia del menor se procederá a su repatriación con la finalidad de reunificación familiar tras verificar que no existe peligro en el retorno para su integridad o la de su familia.⁴⁹

Sin perjuicio de la relevancia que tiene la localización de los familiares del menor, lo verdaderamente importante es que esa reagrupación se desarrolle con las suficientes garantías. Esta exigencia podría conducir a que no se procediese a la repatriación o reagrupamiento hasta que no se acreditara que el menor será adecuadamente atendido en el Estado del que es originario.

Desde otro orden de cosas, debemos volver a recordar que, aunque las expulsiones sumarias de menores no acompañados se suceden, violan la legislación española y, entre otros, el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño, que obliga a proporcionar una protección especial a los niños privados de su medio familiar, independientemente de que se trate de menores nacionales o extranjeros. A pesar de ello, muchas veces se les abandona a su suerte, condenándoles a deambular por las calles de Marruecos, donde, según el Informe de HUMAN RIGHTS WATCH, suelen ser, en ocasiones, víctimas de golpes, extorsión y detención en condiciones inseguras a manos de ciertos miembros de la policía marroquí, que les quita el dinero y sus pertenencias.⁵⁰

B) La puesta a disposición de los servicios de protección de menores del país de origen

En segundo lugar, para continuar con nuestro análisis, trataremos de examinar, siquiera escuetamente, las pocas posibilidades y el triste panorama que ofrece la segunda opción planteada por la Ley de Extranjería 14/2003 en su artículo 35, que no es otra que repatriar a los menores para que queden, definitivamente, a disposición de los servicios de protección de menores de su país.

El Gobierno español, para intentar paliar las dificultades que surgen en esta materia ha barajado, entre otras medidas, la posibilidad de colaborar con las autoridades marroquíes para crear centros de tutela en este país. Esta medida debe ser valorada, con ciertas reservas, de un modo positivo por la preocupación que demuestra por los menores extranjeros, y también porque permitiría que éstos retornasen a sus países de origen con las debidas garantías.⁵¹

49 Se ha discutido la conveniencia del procedimiento de repatriación en aquellos casos en los que una vez que se ha repatriado a los menores nadie asume su cuidado. Ver EL PAÍS, **“21 menores marroquíes piden que se suspendan las repatriaciones”**, 4 agosto de 2001.

50 HUMAN RIGHTS WATCH, **España y Marruecos. Callejón sin salida. Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes**, Volumen 14, nº 4, Mayo 2002, España, págs. 1-3. Véase también:

- Acuerdo de 13 de febrero de 1992 entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la Circulación de Personas y a la Readmisión de Extranjeros Entrados Ilegalmente.
- Acuerdo sobre Mano de Obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 25 de julio de 2001.

51 BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, **“Los menores en el Derecho de Extranjería”**, en VVAA, Extranjeros en España. Régimen Jurídico, Laborum, Murcia, 2001, pág. 367.

Por su parte, el Gobierno marroquí, que jamás se ha molestado en supervisar regularmente la situación de los niños marroquíes que se encuentran solos en España, no ofrece garantías de que los menores no acompañados sean atendidos cuando lleguen a Marruecos y queden supeditados a las medidas que tomen los servicios de menores en su país.

No se puede negar que el juez marroquí tampoco tiene una gama excesivamente amplia de posibilidades. Una vez que haya declarado el abandono del menor, se enfrentará a la disyuntiva de ordenar su ingreso en una institución sanitaria o de protección de menores pública; o por el contrario, si considera que puede ser más favorable, acordar una medida de acogimiento para él.

La legislación marroquí no proporciona muchas instituciones innovadoras en esta materia, pero permite la custodia infantil, en forma de *hadana* o *kafala*, a parientes cuando los padres han muerto, o bien, se han separado.⁵²

La *kafala* es una institución desconocida para nosotros, que consiste en el acogimiento por el *kafil* de un niño declarado abandonado, o que ha sido entregado por su padre a una familia o persona concreta. Es una fórmula de protección del menor que no produce efectos sobre la filiación biológica, ya que el Islam prohíbe la adopción. Es similar a nuestro tradicional prohijamiento, y análogo a la figura de la tutela legal.⁵³

No cabe duda de que los problemas se sucederán en todos aquellos supuestos en los que los menores no acepten reintegrarse en su propia sociedad; algo que suele ocurrir con los que previamente a la adopción de estas medidas, han pasado largos períodos de tiempo en Europa y no logran readaptarse a las costumbres de sus países de origen.

C) La permanencia del menor inmigrante en territorio español bajo la tutela de la Administración pública

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, comenzaremos señalando que se considerará regular o “legal”, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados por la Administración pública; obligada a instar la concesión de un permiso de residencia para el menor inmigrante que se halle bajo su tutela.

El artículo 10.4 de la Ley Orgánica del Menor 1/1996 impone a las entidades públicas la obligación de facilitar a los menores extranjeros sometidos a su guarda o tutela la documentación acreditativa de su situación. Sin embargo, a pesar del mandato legislativo, los menores son víctimas de la inactividad de la Administración o de su falta de diligencia. Ahora bien, ante un supuesto de inactividad absoluta, el menor tendría la posibilidad de acudir ante el organismo competente y solicitar la residencia sobre la base del tiempo que ha residido en España bajo la tutela de la Administración pública sin ser documentado. Para obtener esa autorización de residencia, obviamente, deberá demostrar lo que alega adjuntando una pléyade de documentos, entre los que debe figurar la declaración de desamparo o los expedientes de los centros de protección, que habrán de ser previamente solicitados.

Frente a la posible negativa de la Administración a documentarle, se podrá dirigir a los Tribunales de lo contencioso-administrativo haciendo valer dichos derechos, ya

52 CODE DU STATUT PERSONNEL, reformado por el Decreto 1-93-347 de 10 de septiembre de 1993. Ley relativa a instituciones de custodia de 1999.

53 Existe una segunda forma de *kafala* que se constituye por parte de un hijo varón sobre su madre viuda; y una tercera de carácter puramente simbólico que se refiere a los espíritus de los difuntos.

que la carencia de documentación sería consecuencia de una falta de diligencia que, en ningún caso, podría ser imputable a su persona.⁵⁴

La actual Ley Orgánica 14/2003 mantiene la obligación de documentar a los menores extranjeros, estableciendo, de forma expresa, la regularidad de la residencia cuando son tutelados por una entidad pública española.⁵⁵ Sin embargo, existe una causa demasiado frecuente que imposibilita, al comenzar este proceso, la documentación del menor. El problema radica en que los servicios consulares del país de origen del menor no contestan a la petición de documentación, o bien, responden a la petición requiriendo al menor ciertos documentos que éste debe aportar previamente: una partida de nacimiento original y legalizada, certificado de antecedentes penales, o libro de familia, documentos de los que carecen la mayor parte de estos menores.

No es posible dejar de recordar aquí que los efectos del permiso de residencia que se le otorgue se retrotraerán al momento en que el menor hubiese sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Esta medida ha de ser valorada muy positivamente puesto que afecta directamente al menor facilitando su integración en la sociedad de acogida.

Importa señalar, nuevamente, que nos encontramos ante una tercera posibilidad con carácter subsidiario. Por esta razón, los organismos que se ocupan de la tutela de los niñ@s inmigrantes no acompañados, suelen esperar unos nueve meses antes de llevar a cabo el trámite de solicitud de la autorización de residencia, y en ningún caso solicitarán una autorización de residencia si no ha quedado acreditada la imposibilidad de que ese menor retorne con su familia a su país de origen. En definitiva, el trámite no se lleva a cabo hasta que se decida, de forma motivada, que lo más conveniente para el interés del menor es permanecer en España.

Una vez que obtienen la autorización de residencia temporal parecen terminar los problemas, pero esa sensación acaba siendo un mero espejismo cuando alcanzan la edad de dieciocho años. En este momento alcanzan la mayoría de edad, expira su anterior permiso, y con él su situación de regularidad. Se transforman en irregulares sin más salida, una vez que la Administración española se desentiende de ellos, que el trabajo sumergido, que siempre suele ir acompañado de un alto grado de explotación laboral.

Uno de los caminos abiertos que les permite huir de su anunciada ilegalidad es el marcado por el artículo 42 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 8/2000. En este precepto se anuncia que se concederá un permiso de residencia permanente a todos los extranjeros que al llegar a la mayoría de edad puedan demostrar que han estado bajo la tutela de una entidad pública española durante, al menos, tres años consecutivos. No obstante, si esta vía no resultase factible, les quedaría la posibilidad de solicitar una autorización de residencia permanente o pedir una prórroga por razones humanitarias.

Por último, la actual normativa contempla la posibilidad de que, cuando alcancen la mayoría de edad, se les conceda un permiso de residencia por motivos de estudio o de trabajo para evitar una expulsión casi automática. La ley recoge, junto a este supuesto, el de los menores privados de un ambiente familiar o abandonados que dependen directamente de los tribunales de menores.⁵⁶

⁵⁴ Para más información sobre este particular, véase el interesante trabajo de CRISTÓBAL F. FÁBREGA RUIZ, **Protección jurídica del menor inmigrante**, Colex, Madrid, 2001, pág. 161.

⁵⁵ Igualmente, la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996 en su artículo 10.4 dispone que cuando se constituya la guarda y tutela de la Administración sobre un menor extranjero ésta le facilitará la documentación acreditativa de su situación en los términos que reglamentariamente se determinen.

⁵⁶ El Tribunal Constitucional italiano en la sentencia núm. 199 de 1986 ya reconoció al menor extranjero en estado de abandono en Italia los mismos derechos que a los menores italianos.

Lo cierto es que si ya son pocos los menores extranjeros a los que, una vez alcanzada la mayoría de edad, se les conceden permisos de trabajo y residencia; no resulta difícil colegir que serán todavía muchos menos aquellos a los que se les otorgue la nacionalidad española.⁵⁷ Sin embargo, esta afirmación puede ser objeto de crítica si tenemos en consideración las vías abiertas por los artículos 20.1 y 22.2 c) del Código Civil sobre adquisición de la nacionalidad española por derecho de opción, en el primer caso, o por residencia, en el segundo.

El artículo 20.1 del Código Civil, fue creado, originariamente, para favorecer a los hijos de emigrantes españoles, reconociendo el derecho a optar por la nacionalidad española a todas las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español. La doctrina se ha mostrado favorable, en un primer momento, a la equiparación de la situación de tutela por parte de la Administración pública española con el supuesto de sujeción de un menor a la patria potestad de un español. En virtud de esta aseveración, podríamos deducir que el menor extranjero no acompañado tendría la posibilidad de optar a la nacionalidad española, asistido por su representante legal, a partir de los catorce años.⁵⁸

Sin embargo, después de analizar el contenido de las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado 31-III-2001 y 28-IV-2000, interpretamos que esta posibilidad se disiparía en los supuestos de mero acogimiento, guarda o tutela, que nunca serán equiparables, por lo que respecta a sus efectos, a situaciones de patria potestad plena.⁵⁹

Examinaremos ahora el artículo 22.2 c) del Código Civil que nos ofrece una nueva y distinta posibilidad, y a estos efectos, la única factible. Este precepto señala que para la concesión de la nacionalidad por residencia bastará el tiempo de un año para todo aquel 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. Los menores no acompañados que hayan estado en estas circunstancias podrían utilizar esta vía, pero tenemos que tener presente que el tiempo de espera ordinario que transcurre hasta que la Administración tramita la solicitud del permiso de residencia para estos menores es de, aproximadamente, unos nueve meses; si bien una vez que se concede, como sabemos, tiene efectos retroactivos.

No vamos a intentar abordar en este análisis la problemática de los menores solicitantes de asilo, y de todos aquellos que llegan a nuestro país en el marco de lo que se denomina “programas de desplazamiento temporal de menores”. Sin embargo, no quisiéramos concluir sin hacer una breve mención a los mismos.

En este sentido, hay que señalar que cuando se trata de menores solicitantes de asilo, se estará a lo dispuesto en el párrafo cuarto del artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobada por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.⁶⁰ Este artículo dispone que los solicitantes de asilo

57 En temas de nacionalidad, cfr., por todos, AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, **Guía de la nacionalidad española**, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996. MANUEL ALBALADEJO, **Derecho Civil. Introducción y Parte General**, Bosch, Barcelona, 2002.

58 MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN, **“La nacionalidad”**, en Carlos Martínez de Aguirre Aldaz; Pedro de Pablo Contreras; Miguel Ángel Pérez Álvarez y María Angeles Parra Lucán, **Derecho Privado. Derecho de la Persona**, Colex, 2ª Edición, Madrid, pág. 470.

59 JACINTO GIL RODRÍGUEZ, **“Nacionalidad”**, en VVAA, **Manual de Derecho Civil. Introducción al derecho de la persona**, Marcial Pons, Barcelona, 2001.

60 En relación con las normas comunitarias vigentes sobre este tema, véase la RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO A4-0393/96, sobre medidas de protección especiales que han de dispensarse a los menores que buscan asilo y refugio en la Unión Europea, de 1 de diciembre de 1996.

que sean menores de dieciocho años y se encuentren en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, y asignándoles un tutor para que les represente legalmente durante la tramitación de su expediente.

Por lo que se refiere a la llegada de menores a España por razones humanitarias, para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, a través de programas promovidos y financiados, en su mayoría, por Administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones, queda regulado en el artículo 63 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, introduciendo, de esta manera, una serie de precisiones que no figuraban en la normativa anterior.

En efecto, debe tenerse en cuenta que para que los menores puedan participar en estos beneficiosos programas, será preceptivo obtener, previamente, la autorización expresa de quien ostente la patria potestad o tutela de los mismos, así como un informe, de carácter favorable, del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno, en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer esos niños, a efectos de concederles el visado de estancia. Por otra parte, la coordinación y autorización de la venida de estos menores a España será competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Asuntos Sociales.

Finalmente, para evitar confusiones innecesarias, en todos aquellos casos en que los menores vayan a ser acogidos por familias o personas individuales, éstas deberán expresar, *a priori* y por escrito, su conocimiento de que la acogida del menor no tiene por objeto su adopción, y manifestarán su firme compromiso de favorecer el retorno del niño a su país de origen o procedencia.

IV. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO

En la actualidad, cualquier materia vinculada a los derechos fundamentales supone la necesidad de conectar el ordenamiento jurídico interno, la legislación internacional y el acervo jurídico comunitario; este último de especial trascendencia como consecuencia del principio de primacía y el efecto directo de las normas integradas en el mismo. Esta es, en última instancia, la razón por la cual este análisis quedaría incompleto si obviáramos hacer una mención, de capital importancia, al ámbito del Derecho comunitario y, en concreto, a la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros.⁶¹

Aunque resta mucho camino por andar y muchos aspectos que mejorar, nadie negará que la Unión Europea no sólo ha sido siempre receptiva a todas aquellas medidas que garanticen la protección de los menores dentro de su propio territorio, sino que también se ha comprometido, dentro de sus posibilidades, a impulsar medidas tendentes a asegurar que el trato que se dispensa a los menores de edad en sus países de origen sea correcto y respetuoso.

A nuestro juicio, es imposible afirmar, categóricamente, que existe un *status* jurídico único y delimitado, diferente del desarrollado por cada uno de los Estados miembros, para todos menores inmigrantes que se encuentran dentro del espacio Schengen. La razón es fácilmente comprensible si pensamos que las competencias en materia de infancia son monopolio, casi absoluto, de los Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, la Unión Europea dentro del marco de sus escasas competencias en la

61 DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES, núm. C 221 de 19/07/1997 P. 0023 - 0027.

materia, ha esbozado un estándar mínimo de protección del menor inmigrante⁶², principalmente mediante el reenvío a los tratados internacionales, que construyen un catálogo mínimo de derechos que, bajo ningún concepto, debería ser debilitado o sometido a reducciones innecesarias por las diferentes legislaciones de los Estados miembros que conforman la Unión.

El propósito de la presente Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 consiste en establecer directrices generales para el trato de los menores no acompañados en lo que se refiere a su acogida, permanencia y retorno; y, en el supuesto de los solicitantes de asilo⁶³, la Resolución no sólo recoge una serie de derechos específicos, sino que también regula los trámites aplicables, en el marco de la Unión Europea, a esta compleja solicitud.

Por lo que respecta a las medidas de acceso al territorio de la Unión, el Consejo pone de manifiesto que todos los Estados miembros deberían adoptar los métodos más adecuados, conforme a su legislación nacional, para impedir la entrada no autorizada de menores no acompañados, y al mismo tiempo, resultaría imprescindible que cooperen diligentemente para prevenir la permanencia ilegal de menores de edad no acompañados en su marco territorial. Sin embargo, una vez que los menores se encuentren dentro del territorio de la Unión Europea, los Estados miembros están obligados a tomar una serie de medidas con carácter urgente. Entre ellas, procurar determinar la identidad del menor lo antes posible, al igual que intentar conocer las circunstancias por las que no se encuentra acompañado de algún adulto o tutor legal.

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. Asimismo, con fines de reagrupación familiar, los Estados miembros “deberían procurar encontrar a la familia del menor no acompañado, o localizar el lugar de residencia de sus familiares”.

En el caso de que pueda suponerse que un menor no acompañado en edad escolar vaya a quedarse en un Estado miembro durante un período de tiempo considerablemente prolongado, el menor debería recibir, de acuerdo con esta Resolución del Consejo, una adecuada atención médica, y, por supuesto, debería tener acceso directo a los centros de educación general en condiciones parangonables a los menores nacionales del Estado miembro de acogida. Esta garantía se concreta en el ofrecimiento de posibilidades específicas de educación especial a todos aquellos menores que tengan dificultades específicas de índole lingüística o de cualquier otro tipo, que pudiesen ser subsanables a través de esta vía de apoyo educativo.⁶⁴

La repatriación de menores no acompañados se regula en el artículo 5 de la Resolución del Consejo, precepto que presenta notorias similitudes frente al desarrollo barajado por el legislador español. En este orden de cosas, cuando un menor de edad no sea autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, este Estado sólo podrá devolverlo a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, cuando las autoridades competentes atestigüen que, en ese país, se reúnen las condiciones adecuadas de

62 RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO A 3-0172/92, mediante la que se aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

63 Especialmente interesante resulta el programa impulsado por ACNUR, COMISIÓN EUROPEA Y SAVE THE CHILDREN: **Pautas sobre políticas y procedimientos en la atención de menores no acompañados solicitantes de asilo**, UNHCR, 1997. Más información en la página web: <http://www.sce.gla.ac.uk/>

64 Véase también la Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en el Consejo sobre la dimensión europea en la enseñanza de 24 de mayo de 1988. DOC 177, 6.7.1988.

acogida y asistencia para el menor, en función de sus necesidades concretas, habida cuenta de su edad y de su nivel de autonomía. Mientras no sea factible realizar la repatriación en dichas circunstancias, los Estados miembros deberían, en principio, darle la posibilidad de que permanezca en su territorio.

No es necesario recordar que en ningún caso podrá devolverse a un menor a un país tercero si dicho retorno fuera contrario a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales; a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o a la Convención sobre los Derechos del Niño, sin perjuicio de las reservas presentadas en el momento de su ratificación por los Estados miembros.

En las disposiciones finales, con un toque claramente proteccionista, el Consejo se muestra totalmente conforme con el hecho de que los Estados miembros, unilateralmente, concedan a los menores no acompañados un estatuto jurídico más favorable que el recogido en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997.

V. LA INSTRUCCIÓN 3/2003 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Por lo que respecta al objeto del presente epígrafe, pretendemos detenernos en la consideración del contenido de la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo⁶⁵.

Nos encontramos ante un texto carente de naturaleza normativa⁶⁶, en el que se insta a los Fiscales a no solicitar la tutela de extranjeros mayores de 16 años y a proceder a su inmediato retorno, incumpliendo con ello la normativa estatal, internacional y comunitaria de protección de menores. Ante esta Instrucción, de contenido alarmista y, si se nos permite, escaso valor técnico, que producirá un, nada despreciable, impacto en el ámbito de los derechos fundamentales del menor, debemos manifestar, como mínimo, nuestra más profunda preocupación.

Según datos ofrecidos por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, ya en el año 2002 los organismos públicos de protección de menores acogieron en España a 6.239 menores extranjeros no acompañados. Sin lugar a dudas, se trata de una cifra muy significativa que no debemos dejar de considerar. No obstante, y del mismo modo, habría que partir de un riguroso análisis para tener cifras reales del total de menores inmigrantes que han recibido atención de los servicios de protección de menores y estudiar, posteriormente, cuáles han sido las derivaciones y resultados de

⁶⁵ Amnistía Internacional ha solicitado al Fiscal General del Estado que proceda a retirar la Instrucción o, en su caso, la modifique para que respete los derechos fundamentales de los menores frente a lo que, desde su perspectiva, constituye una "vulneración formal, sin precedentes en España, de los derechos del menor".

⁶⁶ Las Instrucciones y Circulares son instrumentos de dirección de las actividades de órganos jerárquicamente dependientes de quien las dicta. Enmarcadas, pues, en las relaciones de jerarquía, su incumplimiento no vicia de nulidad o invalidez el acto dictado; sin perjuicio de la responsabilidad por desobediencia. No tienen naturaleza normativa y pertenecen a la esfera interna de la Administración, no afectando, por tanto, su cumplimiento a los particulares.

esa intervención o ayuda. En definitiva, debemos huir de la apocalíptica idea de que los menores extranjeros invaden nuestro territorio, y que las entidades públicas españolas jamás van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serían necesarios para tutelar y atender a todos⁶⁷ los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país.

En cualquier caso, resulta innegable que este texto, cuyas consecuencias, como anunciábamos, pueden ser nefastas y contrarias a los principios que España se ha comprometido a mantener en sus Convenios internacionales y en su propia legislación interna, radica en argumentaciones jurídicas endebles, contrarias a nuestro ordenamiento jurídico y a toda la tradición doctrinal y jurisprudencial de las distintas instituciones; e incluso, a las circulares previas de la Fiscalía General del Estado sobre esta materia⁶⁸.

En un primer momento, la cuestión podría reducirse al planteamiento siguiente: según la presente Instrucción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de Extranjería, los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal en España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo, deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve que sea posible. Si el retorno fuera a demorarse más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores quien, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas desde la detención, se dirigirá al Juez de Menores competente para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma hasta que llegue el momento del retorno.

Frente a estos razonamientos, debemos recordar, siguiendo la misma línea de interpretaciones restrictivas, que el artículo 60 de la Ley de Extranjería se refiere sólo a una situación de interceptación en frontera y nunca al supuesto de que ese extranjero se encuentre ya en territorio nacional. Por si esto no resultase suficientemente esclarecedor, queremos señalar que la Instrucción, consciente de su propia tergiversación interpretativa, habla en todo momento de “devolución” y se cuida mucho de mencionar la posibilidad de “expulsión”, aunque, como a nadie se le oculta, todos somos plenamente conscientes de que la repatriación de un menor de edad que se encuentra en territorio español no emancipado, sin haber localizado previamente a su familia o sin tener la garantía de custodia por parte de las autoridades de su país no podría catalogarse, precisamente, como “devolución” al país de origen.

La Fiscalía General del Estado manifiesta que “no puede permanecer indiferente ni permitir que la mayoría de edad se convierta en coartada legal que legitime la violación de las normas del Estado asegurando, por sí misma, la residencia en nuestro país de todos los menores extranjeros que entren ilegalmente”. Empero, como ya hemos repetido hasta la saciedad, la llegada de estos menores no implica, necesariamente, la futura residencia en España bajo la tutela de la Administración Pública, sino que deben seguirse las pautas marcadas por el artículo 35 de la Ley de Extranjería para determinar, teniendo en consideración el interés del menor, cuál sería, en ese supuesto concreto, la mejor de las opciones previstas por ley.

67 Si bien podemos profundizar, nuevamente, sobre este particular, baste con advertir, una vez más, que según la dicción literal del artículo 35 de la Ley Orgánica 14/2003, no se trataría de tutelar a “todos” los menores de edad que intenten acceder irregularmente a nuestro país.

68 La Instrucción contradice lo indicado en la Circular 3/2001 de 21 de diciembre que indica que no procede la expulsión de los menores de edad cuando están en situación de desamparo, al tiempo que exige una acreditación fehaciente de la emancipación del menor para poder considerarlo mayor de edad.

Siguiendo el hilo de su argumentación, la Fiscalía General del Estado sostiene que los menores inmigrantes no acompañados mayores de 16 años están “emancipados” al considerarse que viven de forma independiente con consentimiento de sus padres; es decir, que no serían sujetos merecedores de ninguna medida de protección, sugiriendo además que la edad de 18 años no debe actuar como un muro protector porque el artículo 9.1 del Código Civil pone de manifiesto que la mayoría de edad se regirá por la ley nacional del sujeto, por lo que, en puridad de principios, no será la legislación civil española, sino la del país de origen la que determinará la minoría o mayoría de edad del extranjero en España.

Mientras recordamos que el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, al igual que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, establece la mayoría de edad a los 18 años “salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”, intentaremos deducir las razones por las cuales, en esta ocasión particular, se dejan atrás las consignas más etnocéntricas, duramente criticadas por el Derecho Internacional Privado, y la Instrucción alude a la aplicación de las normas del país de origen para la determinación de la edad, ignorando, sin embargo, que la mayor parte de los menores no acompañados que entran en España provienen de Marruecos, y en este país, la mayoría de edad se alcanza al cumplir los 20 años, según las disposiciones legislativas del *Code du Statut Personnel et des Successions*, popularmente conocido como *Mudawana*. Por consiguiente, en este caso concreto, la emancipación automática por haber alcanzado la mayoría de edad se descartaría; pudiendo hablarse, en el Derecho marroquí, de una emancipación a los 18 años, únicamente, en el supuesto de que se cumplan las formalidades necesarias, por parte del padre o tutor del menor, ante los *adules* o notarios marroquíes para formalizar la misma. Como podemos comprobar, en Marruecos no existe la emancipación presunta o de hecho.

Carecería de sentido, reza la Instrucción, que las entidades públicas españolas de protección no pudieran intervenir sobre los españoles mayores de dieciséis años que, con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tengan un trabajo remunerado por cuenta ajena, vivan de forma independiente o tengan su propia familia y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los menores extranjeros que se hallen en estas condiciones. Respecto de aquellos que pretendan entrar no acompañados de sus padres, no cabe imaginar, reza la Instrucción de la Fiscalía, prueba más notoria de vida independiente que ésta⁶⁹

Mas, por el contrario, las circunstancias reales difieren bastante de la visión aséptica de la Fiscalía General del Estado, porque los menores que deciden emprender viaje a España desde Argelia o Marruecos suelen vivir en la calle, en una situación de absoluta desprotección⁷⁰, que, obviamente no supone que se haya producido una emancipación formal, ni, mucho menos que ese menor tenga medios económicos para hacer frente a sus necesidades vitales.

Para apoyar la teoría de que la minoría de edad sin asistencia no es igual a desamparo, y abundar en la idea de que el mayor de dieciséis años que vive de forma independiente, como contempla el artículo 319 de nuestro Código Civil, sin recibir la asistencia moral y material inherente a la patria potestad, no puede considerarse técnica-

69 La idea de que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en situación de desamparo, hasta que no se demuestre lo contrario, se encuentra en la normativa directamente aplicable que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y obliga a todo los poderes públicos. En consonancia con ello, la STS de 22 de enero de 1991 indica que el hecho de vivir independiente no basta para considerar al menor emancipado, siendo necesario probar que el menor tiene recursos económicos propios y que vive de su trabajo.

70 J. L. IRIARTE ÁNGEL, “**Las medidas de protección de menores procedentes de países musulmanes en territorio español**”, Cuadernos de Derecho Judicial VIII, 2002.

mente desamparado⁷¹, se utiliza el concepto de emancipación de hecho de la ley española, olvidando que esta materia, por formar parte del estatuto personal del extranjero, deberá regirse, según el Derecho Internacional Privado, por las disposiciones legislativas del país de nacionalidad del menor, quedando el Derecho español como foro subsidiario, y pudiendo ser aplicado a los menores extranjeros en aquellos supuestos en los que pueda ser considerado como una institución tuitiva, en consonancia con los Tratados internacionales firmados por España.

En este sentido, los profesores J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, sostienen que el supuesto de emancipación presunta del menor de 16 años que vive de forma independiente, con el consentimiento de sus padres, previsto en el artículo 319 del Código Civil español no sería extensible, bajo ningún concepto, a aquellos menores extranjeros cuya ley nacional no reconozca semejante supuesto⁷².

Cabe preguntarse, en último término, si podemos considerar emancipado a un menor de dieciocho años en virtud de una causa distinta de la mayoría de edad. Partiendo de la premisa de que la capacidad y el estado civil se rigen por la ley nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar, sin más, como emancipado al menor extranjero que vive de manera independiente, tal y como recoge el artículo 319 del Código Civil español, llegamos a la conclusión de que mientras no se pueda acreditar de manera fehaciente la emancipación del menor conforme a su ley personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos. En suma, resultaría, entonces, justificada la devolución a su país de origen, únicamente, en los supuestos en que pueda probarse que el menor extranjero no acompañado ha sido emancipado conforme a su ley nacional. Pero este particular, según el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre Protección de Menores y el artículo 1 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, corresponde demostrarlo a quien lo alegue.

A la vista de lo anterior, es menester recordar que, según lo prescrito en la *Mudawana*, los hombres marroquíes musulmanes, salvo dispensa, sólo podrán contraer matrimonio después de los 18 años, abriendo el matrimonio una primera vía para conseguir la emancipación. Por lo que respecta a las mujeres, salvo beneplácito del *wali* o tutor matrimonial, no podrían contraer matrimonio antes de los 15 años, si bien, no está de más señalar que el matrimonio islámico no supone jamás para las mujeres una causa de emancipación, ya que pasan a depender directamente de su esposo y continúan teniendo limitada su capacidad de obrar⁷³.

71 El concepto legal de desamparo supone la base fundamental sobre la que se ajusta todo nuestro sistema jurídico de protección de menores. Distingue la LOPJM 1/1996, de 15 de enero, dentro de las situaciones de desprotección social del menor: A) Situación de riesgo: cuando existe un perjuicio que no alcanza la entidad suficiente para ser considerada la separación del núcleo familiar. B) Situación de desamparo: se produce cuando los menores quedan, de hecho, privados de la necesaria asistencia moral y material por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad según la dicción del artículo 172.1.2 Código Civil que considera situación de desamparo “la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

72 J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, **Derecho Internacional Privado**, 1ª Edición, Civitas, Madrid, 1999, pág. 394.

73 En octubre de 2003, el rey Mohamed VI de Marruecos, más abierto a la realidad de la sociedad marroquí y a sus preocupaciones, anunció las grandes líneas de reforma del Código de la Familia o *Mudawana*. La nueva reforma del monarca alauí abandona la regla de obediencia de la esposa a su marido, anula la norma que sometía a la mujer a la tutela de un miembro varón de su familia, y establece la igualdad de la mujer y del hombre en lo que se refiere a la edad para contraer matrimonio, fijada en 18 años para ambos, en sustitución de las disposiciones actuales que señalaban los 18 años para el hombre y los 15 años para la mujer.

Del mismo modo, se anula la institución del repudio matrimonial, entendida como una prerrogativa única del hombre, y se somete este trámite a control judicial corregido para evitar los tradicionales abusos del procedimiento legal contra los derechos de la mujer.

No obstante, partiendo de los postulados del Derecho marroquí, en el supuesto de los menores, la emancipación tampoco supone siempre la obtención de una capacidad de obrar completa. Cuando se realiza judicialmente, el juez o *cadí* autoriza la entrega al menor de una parte de sus bienes con el propósito de que, a título de experiencia, demuestre que está capacitado para administrarla ordenadamente⁷⁴. No sería causa de extinción de la tutela, por tanto, la vida independiente del menor sin consentimiento de su padre o tutor, ni tampoco el hecho de que el menor hubiera disfrutado del beneficio de mayor de edad contemplado en el artículo 140 de la *Mudawana*, o bien, que hubiese dispuesto de su hacienda durante un período de tiempo razonable bajo la supervisión de su representante legal.

No quisiéramos concluir este apartado sin referirnos al embate que supone, frente a la tradicional independencia del Ministerio Fiscal, el contenido de esta Instrucción⁷⁵. La razón es fácilmente comprensible, puesto que la conclusión tercera de la Instrucción que hemos analizado someramente, insta a los Fiscales a informar, sistemáticamente, a favor del “retorno”, a no ser que aprecien una axiomática situación de desamparo en el menor extranjero que llega no acompañado a territorio español. Por otro lado, en el supuesto, contemplado como extraordinario, de que un Fiscal se proponga interponer un acto impugnativo contra la decisión administrativa de repatriación del menor de edad a su país de origen, habrá de contar con la autorización expresa del Fiscal Jefe, quien a la mayor urgencia posible deberá elevar un informe motivado al Fiscal General del Estado argumentando las razones que avalan esa decisión y ese recurso concreto⁷⁶.

74 Estas cuestiones han sido ampliamente analizadas por CRISTOBAL FCO. FÁBREGA RUIZ, **“Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho”**, La Ley, 2003.

75 El artículo 124.2 CE afirma que: “El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad”. Por su parte, el artículo 27 de la Ley Orgánica 50/1981 de 30 de diciembre reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE de 13 de enero de 1982) pone de manifiesto que el Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo, estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscalía.

76 Desde una óptica poco progresista, acorde con algunas de las líneas de actuación marcadas por la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, se ha manifestado, A. M. LÓPEZ LÓPEZ, **La Instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores**, Comares, Granada, 2002.