

NI ILEGALES NI INVISIBLES



REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA



NI ILEGALES NI INVISIBLES

REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS MENORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA

INFORME ELABORADO POR UNICEF ESPAÑA Y EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA, CON EL APOYO DE LA FUNDACIÓN BANESTO¹

I. INTRODUCCIÓN

“Nosotros no somos la fuente de los problemas, somos los recursos que se necesitan para resolverlos. No representamos un gasto, representamos una inversión. No solamente somos gente joven, somos personas y ciudadanos de este mundo”.

“Un mundo apropiado para nosotros”

Sesión Especial de Naciones Unidas, Mayo 2002

UNICEF, como Agencia de las Naciones Unidas dedicada a la infancia, se guía por las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y por las observaciones y recomendaciones que formula el Comité de los Derechos del Niño, órgano que vela por el cumplimiento de lo establecido en esta Convención. Este Comité, al elaborar sus Observaciones Finales sobre España en el año 2002, expresó su preocupación porque *“el principio de no discriminación no se aplique plenamente en el caso de los niños de origen romaní, los hijos de trabajadores migrantes, en particular cuando no son legales, y los niños extranjeros no acompañados, especialmente con respecto al acceso a servicios adecuados de salud y educación”.*

En particular, por lo que respecta a los Menores Extranjeros no Acompañados, el Comité expresaba “su profunda alarma por las condiciones de los niños extranjeros no acompañados, en su mayoría marroquíes, especialmente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. En particular, le preocupan las denuncias de las situaciones siguientes:

- a) El maltrato de niños por la policía durante la expulsión forzosa al país de origen al que, en algunos casos, han sido deportados sin tener acceso a asistencia letrada ni a servicios de interpretación;
- b) El hecho de que no se haya concedido a esos niños el permiso de residencia provisional al que tenían derecho por ley porque el Departamento de Bienestar Social, que era su tutor legal, no lo solicitó;
- c) El hacinamiento y las malas condiciones en los centros de acogida y los casos de maltrato por parte del personal y de otros niños de esos centros;
- d) La denegación de acceso a la atención sanitaria y a la educación a pesar de estar garantizado por la ley;
- e) La expulsión sumaria de niños sin procurar que sean devueltos en efecto a sus familias o a los organismos de asistencia social de su país de origen”.

Por ello, el Comité recomendaba que: “el Estado Parte adopte con carácter urgente las medidas necesarias a fin de:

- a) Garantizar la aplicación de la Ley orgánica N° 4/2000 y de otras leyes facilitando a los niños extranjeros no acompañados el acceso a centros de acogida, a la enseñanza, a los servicios de urgencia y a los demás servicios de atención sanitaria, y proporcionándoles un permiso de residencia temporal;
- b) Brindar a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla los recursos económicos y humanos necesarios para atender a esos niños;
- c) Establecer la coordinación necesaria con el Gobierno de Marruecos para que, al ser repatriados de España a Marruecos, los niños afectados sean devueltos a los familiares que estén dispuestos a hacerse cargo de ellos o a un organismo de asistencia social adecuado.”

Es cierto que la situación ha cambiado desde el año 2002: la inmigración ha aumentado, hay diferentes perfiles de los inmigrados, que provienen de lugares más diversos y utilizan nuevos modos de llegar a nuestro país. El Gobierno y los organismos implicados se esfuerzan por dar respuesta a este fenómeno, y son muchas las organizaciones y particulares que les apoyan en esta tarea. Sin embargo, son muchos todavía los retos pendientes y sigue siendo necesario velar por el cumplimiento pleno de los derechos de estos menores.

Por eso, desde UNICEF España hemos decidido volcar nuestros esfuerzos en velar por los derechos de los niños y niñas que, de un modo u otro, se han visto afectados por un proceso migratorio, bien porque sus padres son extranjeros, bien porque han sido ellos mismos los que han viajado desde su lugar de origen, acompañados o no por su familia.

Todo ello, en un contexto particularmente relevante, en el que han comenzado ya los trabajos parlamentarios para reformar la Ley de Extranjería y apenas unos meses antes de que el Comité de los Derechos del Niño emita un nuevo informe sobre el cumplimiento de la Convención en España. Desde UNICEF esperamos que este trabajo sirva para considerar algunas cuestiones fundamentales en ambos procesos, contribuyendo con propuestas concretas que puedan traducirse en mejoras tangibles en la situación de los menores extranjeros.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989 (CDN) Y OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La CDN es el primer instrumento internacional legalmente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Sus disposiciones son legalmente exigibles a los Estados que la ratifiquen. España lo hizo en 1990, por lo tanto, desde entonces, dicha Convención es de obligado cumplimiento para el Estado español, que debe adaptar su legislación a lo allí dispuesto.

La propia CDN dispuso la creación del Comité de los Derechos del Niño, órgano que vela por el cumplimiento de lo establecido en esta Convención, y a quien los Estados parte deben rendir cuentas sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención. Este Comité elabora sus Observaciones Generales, textos sobre diversos aspectos de la CDN para su mejor comprensión y aplicación. En concreto, en el año 2005, el Comité formuló la "Observación General nº 6 sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen".

Todos los derechos contenidos en la CDN deben ser aplicables a todos los menores de 18 años que se encuentren en territorio español. Pero cuando hablamos de infancia e inmigración hay algunos artículos que se deben considerar de forma especial:

Sujetos de la CDN en España (artículo 2)

Las obligaciones del Estado establecidas en virtud de la Convención se aplican a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción.

La Observación General nº 6 establece que "las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional".

Principio de igualdad y no discriminación (artículo 2)

Este principio supone que un menor extranjero no puede ser tratado de modo diferente a un niño nacional del Estado parte en la Convención; ambos han de disfrutar de todos los derechos que la Convención atribuye a los niños en general, sin etiquetarlos por su nacionalidad; la CDN les atribuye sus derechos por ser niños, no por ser nacionales de un Estado, extranjeros en él o apátridas. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas policiales o de otro tipo relativas al orden público que un Estado aplique a estos menores “nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre una base colectiva”.

Principio del interés superior del niño (artículo 3)

El interés superior será una consideración primordial en cualquier medida concerniente a los niños y las niñas. Para su pleno respeto se precisa una evaluación clara y a fondo del niño individualmente considerado, con sus antecedentes, sus vulnerabilidades, sus debilidades, etc.

Como señala el Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General nº 7, este principio “exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño”.

Principio de no devolución

Según la Observación General nº 6, en virtud del principio de no devolución, “los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor”, ya afecten a su vida, su desarrollo y su supervivencia (artículo 6 de la CDN), a la prohibición absoluta de torturas o de penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 37) o al reclutamiento de niños, “no sólo a título de combatiente, sino también con la finalidad de ofrecer servicios sexuales a los miembros de las fuerzas armadas” (artículo 38). Además no puede olvidarse que “las obligaciones de no devolución son aplicables con independencia de que las violaciones graves de los derechos garantizados por la Convención sean imputables a actores no estatales o de que las violaciones en cuestión sean directamente premeditadas o sean consecuencia indirecta de la acción o inacción”.

Obligaciones asumidas por los Estados Partes (artículo 4)

Los Estados Partes adoptarán “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. La misma norma recuerda que, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adoptarán esas medidas “hasta el máximo de los recursos de que dispongan”. Estamos ante obligaciones que se extienden a todos los poderes del Estado.

El derecho a la reagrupación familiar (artículo 10)

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el principio del respeto de la vida familiar. Se basa en el reconocimiento, expresado en el mismo texto, de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia. Consiguientemente, el artículo 9, 1º de la Convención establece que los Estados Partes deben velar porque el niño o la niña no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria en interés superior del niño y sea adoptada por las autoridades competentes. Por su parte, el artículo 10, 1º, recoge específicamente el derecho a la reunión o reagrupación familiar. Según esta norma, “toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”. Además, este párrafo termina señalando que “la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares”.

El derecho a ser oído y a participar en las decisiones que les afecten (artículo 12)

Como establece la Observación General nº 6 “al determinar las disposiciones que han de adoptarse respecto de los menores no acompañados o separados, se recabarán y tendrán debidamente en cuenta los deseos y las opiniones del menor”. Nuestra Ley de Extranjería reconoce expresamente este derecho durante el procedimiento de repatriación.

El derecho a la protección para los niños privados de su medio familiar (artículo 20)

“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”.

El derecho a una protección especial para los niños y niñas refugiados (artículo 22)

La obligación recogida en este artículo de adoptar “medidas adecuadas” para que el niño, acompañado o no acompañado, que trate de obtener el asilo, reciba la protección adecuada, lleva consigo en particular la obligación de establecer un sistema efectivo en materia de asilo, así como de promulgar legislación en la que se refleje el trato especial de los menores no acompañados y separados y crear las capacidades necesarias para poner en práctica este trato. Así mismo, se recuerda a los Estados la necesidad de que en los procedimientos de obtención del asilo se tengan en cuenta la edad y el género, y que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y el género.

II. ANÁLISIS DE SITUACIÓN

Es muy difícil conocer datos sobre **menores de edad de origen inmigrante**. Hay muy pocas variables recogidas en el Censo de Población y Vivienda, y los datos sobre menores reagrupados, que dependen actualmente del Ministerio de Trabajo e Inmigración (MTIN), no son recogidos para su difusión pública. Según datos del Instituto Nacional de Estadística la inmigración ha pasado de representar el 1,6% del total de la población española en 1998 al 12% en el 2008 (5.268.762 extranjeros).

Del total de extranjeros empadronados en España en el año 2008, el 17% son menores de 18 años, lo que supone un total de 895.984 niños y niñas. Cataluña, Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía agrupan al 65% de la población menor de edad nacida en el extranjero empadronada en España.

Orígenes

El grupo mayoritario de menores de 18 años nacidos en el extranjero es originario de Rumanía, y representa el 12,5% del total. A continuación, se sitúan Ecuador y Marruecos, con una cifra similar del 11,2%. Colombia se sitúa en el cuarto lugar con el 7,2%, seguida de Argentina, Reino Unido y Bolivia. China se encuentra en octavo lugar, y representa el 3,14% del total de la población menor extranjera.

Los países del África Subsahariana se pueden encontrar a partir de la posición 34, con Guinea Ecuatorial que representa el 0,39% del total, seguida de Senegal (0,33%), Nigeria y Gambia, con el 0,17% respectivamente.

Escolarización

Los alumnos de origen inmigrante en las escuelas españolas suponen el 9,4% del total de alumnos para el curso 2007-2008 en las enseñanzas no universitarias de Régimen General según el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, un 14% más que en el curso anterior 2006-2007.

Si nos fijamos en las Comunidades Autónomas en donde están escolarizados, los datos para el curso 2006-2007 revelan que Cataluña (21,36%), la Comunidad de Madrid (20,27%), la Comunidad Valenciana (13,74%) y Andalucía (11,74%) concentran el 67% del total de alumnos extranjeros del Régimen General.

Por lo que respecta a los **Menores Extranjeros no Acompañados (MENA)**, es difícil conocer su número real. Los datos de determinados años y para ciertas Comunidades Autónomas no están disponibles, algunos datos que se presentan de menores acogidos pueden corresponder en realidad a los ingresos en centros de acogida (pudiendo por tanto multiplicarse para una misma persona en función de su movilidad entre centros), y los criterios para incluir a MENA en los listados estadísticos no son los mismos en todas las CCAA.

Según el Ministerio de Interior, a finales de 2007 los Menores Extranjeros no Acompañados en España eran 6.475.

Nacionalidad

El 71% de MENA acogidos son del Magreb (el 68% de Marruecos), el 8% de Europa del Este, y el 17% de la región del África Subsahariana (Senegal, Mali, Gambia y Ghana).

Sexo

En general, se contabilizan pocos casos de niñas, pero son relevantes por sus características asociadas. Normalmente se encuentran en situaciones más precarias y vulnerables de riesgo social (trabajo doméstico, explotación sexual, hurtos y robos). Estas situaciones se enmarcan en contextos de marginalidad que las mantienen en una total invisibilidad social. Por tanto, son menores que se encuentran fuera del circuito de protección, y que presentan dificultades para ser detectadas por las administraciones protectoras.

Menores invisibles

Una parte de los niños, niñas y adolescentes que llegan a nuestro país pasan desapercibidos para el sistema de protección a la infancia. La cara oculta de los MENA la encontramos entre aquellos menores que se encuentran al margen del sistema, al margen del procedimiento de acogida y atención, ya sea por decisión propia o porque el propio sistema los expulsa o no los detecta.

- a) **“MENA marroquíes viviendo en la calle”:** generalmente varones, cuyas dinámicas de marginación pasan por el consumo de drogas, actividades delictivas y ser víctimas de explotación sexual.
- b) **Menores “acompañados” por familia extensa o por red social:** La administración protectora suele visibilizarlos como menores acompañados y no en desamparo. Son principalmente niños y niñas marroquíes y niñas rumanas. El hecho de que el menor tenga red familiar no es garantía de acompañamiento y protección real y efectiva, y el menor acaba viviendo situaciones de riesgo social. En especial en el caso de las niñas rumanas, detrás suele haber clanes familiares extensos que, en muchos casos, se dedican “profesionalmente” a actividades delictivas en las que las menores tienen un papel activo.
- c) **Adolescentes explotadas sexualmente:** Pueden provenir de Europa del Este o de África Subsahariana. Entre las primeras, el perfil mayoritario es el de una adolescente de 17 años de nacionalidad rumana, aunque se han detectado otras nacionalidades, como la eslovaca o búlgara. Las niñas procedentes de África Subsahariana son víctimas de trata para la explotación sexual y sus “mamis” (madame) o sus “chulos” ejercen un alto control y coacción sobre ellas. Diferentes estudios señalan Nigeria y Ghana como países principales de procedencia.

Menores solicitantes de asilo

No es posible conocer el número exacto de menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo, dado que las dos fuentes de las que disponemos (la Oficina de Asilo y Refugio, OAR en adelante, y ACNUR) proporcionan datos no coincidentes. Las cifras de menores de edad solicitantes de asilo oscilan en torno a los 1.500, de los cuales corresponderían a MENA entre 12 y 25 según las fuentes.

Sin embargo, lo reducido del número no debe hacernos pensar que se trata de un problema irrelevante. De un parte porque, en general, los MENA no conocen su derecho a solicitar asilo (lo que también ocurre con frecuencia en el caso de los adultos), lo que podría significar la existencia de muchos más casos susceptibles de recibir este tratamiento. Además, en cualquier caso se trata a menudo de niños que provienen de países en conflicto, incluso algunos han sido niños y niñas soldado, y sufren graves traumas por la violencia y explotación vividas. En el caso de los niños y niñas marroquíes, el sólo hecho de emigrar ya les hace culpables de un delito en su país, pues la legislación marroquí pena con una multa de 2.000 a 10.000 dírham y uno a seis meses de prisión, o sólo una de estas penas, a toda persona que abandone el territorio marroquí de manera clandestina.

Por todo ello, es fundamental garantizar el cumplimiento del artículo 22 de la CDN, que recoge la obligación de proporcionar protección especial a estos niños. Los servicios de protección al menor deben garantizar que son informados en alguna lengua que comprendan sobre la posibilidad de solicitar asilo en función de las circunstancias de su país y los motivos de su abandono, y en cualquier caso debe tenerse en cuenta que el perfil de estos niños es totalmente distinto del de otros menores extranjeros, por lo que no deberían aplicárseles los mismos circuitos y procedimientos.

III. PRINCIPALES PUNTOS PARA LA REFLEXIÓN

1) El fenómeno de la inmigración es una realidad imparable y cambiante

La llegada a Europa de menores sin referentes familiares se empieza a detectar hace más de 10 años y se ha convertido en una nueva estrategia migratoria que plantea retos crecientes a las administraciones. Junto a ellos, son cada vez más los menores que o bien viajan desde un inicio con sus familiares, o bien se reúnen con ellos posteriormente a través de la reagrupación familiar o incluso, cada vez en mayor número, nacen directamente dentro de nuestras fronteras en el seno de familias inmigradas. Tanto la legislación migratoria como la de protección de menores deben adaptarse a esta nueva realidad, considerando muy especialmente las necesidades de estos menores y sus contextos.

2) Menores, antes que extranjeros

Un niño es un niño en cualquier lugar del mundo e, independientemente de su documentación o situación legal, le amparan todos los derechos de la CDN. El artículo 3 de esta Convención establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*”. Por tanto, solamente se aplicará este artículo de forma adecuada si la legislación (tanto estatal como autonómica) prioriza las necesidades del menor frente al interés del Estado de regular los flujos migratorios.

Hay que ver al menor, en primer lugar, como ser humano, sujeto de derechos; en segundo término, debe contemplarse no sólo como un niño en situación de desamparo sino como un menor inmerso en un proceso migratorio, ya que desde esta perspectiva más completa podremos hacer una correcta interpretación particularizada de lo que en cada caso exige el interés superior del niño. También el respeto de este principio, así como de los derechos y compromisos adquiridos con la infancia, pasa por un compromiso presupuestario.

Este principio no es una categoría fija, está en continuo cambio, por lo que tiene que estar en permanente revisión y deberá ser tenido en cuenta para cualquier decisión que se tome respecto al menor.

3) Coordinación interterritorial y entre instituciones

El ordenamiento jurídico español (recogido en la propia Constitución y en los Estatutos de Autonomía) atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias más destacadas en materia de protección de menores. Como consecuencia cada Comunidad Autónoma ha desarrollado su propia legislación, sin que existan unas directrices comunes de obligado cumplimiento. Esto genera en la práctica diferencias importantes entre los distintos territorios. Estas diferencias se trasladan al ámbito de los procedimientos de acogida y protección de los menores extranjeros no acompañados, dándose la circunstancia de que hay tantos procedimientos en materia de desamparo como Comunidades Autónomas (algunas protegen provisionalmente a los menores pero no les declaran en desamparo, otras los tutelan pero no los documentan, etc.)

Del mismo modo, hay conceptos jurídicos indeterminados como “medios económicos suficientes” y/o “disponibilidad de vivienda”, exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para la reagrupación familiar, que otorgan un gran margen de discrecionalidad a la administración, al no existir criterios unificados ni públicos sobre la valoración de dichos términos, ni tan siquiera consenso en la documentación a aportar por el interesado para acreditarlos.

4) Protección del menor

La tutela administrativa estaba pensada para un período muy corto y de forma transitoria, dado que se asumía que la tutela parental pronto sería reclamada para ese menor. Frente a la nueva realidad, el actual sistema de protección convierte a la tutela en una mera prestación de servicios básicos y no en una recuperación de derechos. Hay que tener en cuenta que la tutela supone un momento decisivo para el menor, es el comienzo de la regularización de su residencia en España y condicionará en un futuro su permanencia en nuestro país. Asumir la tutela no impide que, después del tiempo necesario para determinar la edad del menor o para saber si efectivamente el menor está o no en situación de riesgo, se pueda determinar la repatriación del menor o la declaración de situación de irregularidad en el supuesto de que la persona resulte no ser menor de edad.

El **procedimiento de repatriación de menores extranjeros no acompañados** a su país de origen exige una serie de garantías, todas ellas basadas en el interés superior del menor, y, entre ellas, expresamente se cita el escuchar la opinión del propio menor. En algunas Comunidades Autónomas se efectuaron en el pasado repatriaciones sin las necesarias garantías, y el pánico se extendió entre los menores, provocando fugas de los centros. Asistimos a un descenso considerable del número de repatriaciones (de las 111 efectuadas en 2006, hemos pasado a 27 en el 2007 y a 10 en el 2008), pero no podemos obviar el sufrimiento que las repatriaciones incoadas -aquellas que han sido aprobadas y están pendientes de ser ejecutadas- está provocando en cientos de menores.

Ligado a la tutela, está la **concesión de la autorización** de residencia temporal que la ley contempla para todos los menores tutelados por la Administración Pública (en un plazo de 9 meses desde su declaración de desamparo). La no concesión de esta autorización provoca un gran sufrimiento emocional a los menores tutelados, por la incertidumbre de su situación legal y la amenaza de una posible repatriación. Esto les puede llevar a fugarse de los centros y de la propia Comunidad Autónoma, buscando otro sitio en el que poder continuar su integración; otros alcanzan la mayoría de edad sin haber conseguido la residencia, con lo que automáticamente pasan a estar en situación de irregularidad. La autorización de residencia les reconoce ese derecho a "ser" ellos mismos.

El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en su Memoria del ejercicio 2008, ilustraba las consecuencias que este incumplimiento puede tener: "Por otro lado, otro de los problemas más preocupantes que afecta a estos menores, es el de los retrasos en la concesión de la documentación que les permita la integración efectiva en nuestro país, especialmente cuando se trata de menores que están próximos a alcanzar la mayoría de edad y por tanto a salir de la protección institucional. Si estos menores salen de los centros sin que haya concluido su proceso de regularización, se verán imposibilitados para una incorporación al mercado de trabajo y para ganarse la vida honradamente, viéndose abocados a la delincuencia, la marginalidad y, en el mejor de los casos, a la economía sumergida."

5) Asistencia letrada

En particular, y en lo referido a los Menores Extranjeros no Acompañados, se ha constatado que la asistencia letrada contribuye eficazmente a garantizar sus derechos, y así lo ha declarado el Defensor del Pueblo en su Informe 2005. Esta asistencia letrada deberá garantizarse en cualquier procedimiento que conduzca a tomar una decisión que afecte de manera directa a sus intereses personales.

6) Educación

En 2002, el Comité de los Derechos del Niño “observó con preocupación:

- a) Las elevadas tasas de absentismo y de abandono de los estudios y la difícil integración escolar de los niños romaníes, los hijos de familias migrantes o los niños de zonas económicamente desfavorecidas;
- b) Que algunos niños de familias migrantes, en particular niñas, no terminan la enseñanza obligatoria o tienen grandes dificultades para asistir a la escuela”.

En general, el fracaso escolar es mayor entre el colectivo de niños y niñas de origen inmigrante, y sus expectativas de estudios y empleo están por debajo de las de sus compañeros de origen español. Según algunas investigaciones, al terminar la enseñanza obligatoria, alrededor de un 65% recibieron el consejo de estudiar formación profesional o garantía social, frente al 20% de los españoles. Un grupo mucho menor de alumnos de origen inmigrante manifiesta haber recibido apoyo de sus padres con los estudios, comparado con los españoles, y menos de la mitad siente que sus padres le daban importancia a su educación, frente al 80% de los españoles.

7) Integración

La integración de los menores extranjeros constituye un elemento clave para garantizar el cumplimiento de la CDN (que en su artículo 2 establece la obligación del Estado de tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación), así como el correcto funcionamiento de una sociedad. La práctica administrativa orientada a gestionar la inmigración desde la perspectiva del orden público lleva a generar dificultades evitables en ámbitos como la escolarización de los niños, la obtención de la tarjeta sanitaria, el acceso a ayudas, becas o subvenciones, el certificado escolar, o incluso para desarrollar actividades clave para su integración como apuntarse a viajes con el colegio o federarse para la práctica deportiva; y ello como consecuencia de solicitar la Administración documentos que no tienen, a pesar de que diversas sentencias han manifestado que para estos trámites es suficiente presentar el pasaporte.

Otros datos destacan que el índice de desempleo de los hijos de inmigrantes es mucho mayor que el de los nativos, y todavía están por manifestarse los efectos de la actual crisis económica sobre la percepción social de la inmigración en nuestro país.

8) Recursos y responsabilidades

Los recursos destinados a la atención y gestión de lo relativo a los menores extranjeros no acompañados son muy altos, como lo es la atención política y social destinada a este tema. Por este motivo, resulta imprescindible garantizar que existen los procedimientos adecuados para ofrecer a la sociedad información clara acerca del reparto de responsabilidades, transparencia en la rendición de cuentas y rigor en la aplicación de los procedimientos que garanticen el pleno respeto sus derechos.

IV. PRINCIPALES PUNTOS PARA LA ACCIÓN

1) Menor antes que extranjero

Cualquier desarrollo o modificación normativa (y muy especialmente de cara al actual proceso de reforma de la Ley de Extranjería) debe tener presente la necesidad de garantizar la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, por encima de los intereses del Estado a la hora de regular el flujo de inmigrantes desde la perspectiva del orden público. En particular, los principios del interés superior del niño y la no discriminación deben ser consideraciones prioritarias en cualquier medida que se tome en relación con estos menores. Para ello, en todos estos procesos debe ser escuchada la opinión de los menores y debe valorarse cada caso de forma individual, teniendo en cuenta la situación concreta de cada menor.

2) Coordinación y consenso

El Gobierno central, competente en materia de Extranjería, y las Comunidades Autónomas, competentes en materia de protección de menores, deben implicarse, de la forma más coordinada que sea posible, para asegurarse de que los niños y niñas implicados en un proceso migratorio ven respetados sus derechos en todo momento. Para ello, se deberían establecer unos criterios comunes de actuación que garanticen el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación. Del mismo modo, será necesario trabajar por una mayor coordinación entre los técnicos de los servicios de protección de las diferentes Comunidades Autónomas para agilizar muchos trámites relacionados con los menores no acompañados.

Recomendamos establecer un procedimiento de actuación para los supuestos de cesiones de menores no acompañados entre Comunidades Autónomas, que tienen como consecuencia que una Comunidad Autónoma tenga la tutela sobre un menor de edad, pero otra tenga su guarda de hecho, fijando con claridad los deberes y obligaciones de unos y otros, de tal forma que no se menoscaben los derechos y las garantías jurídicas de los menores.

3) Datos

No es posible abordar con eficacia la protección de los derechos de estos menores si se desconocen los datos principales acerca de su número, ubicación y necesidades. Por ello, resulta imprescindible que se ponga en marcha el Registro Nacional de Menores no Acompañados previsto en la legislación. Además, como estableció el Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales 2002 al informe de España: “el Comité sigue preocupado por la fragmentación de la información, que también se debe a la diversidad de sistemas e indicadores que utilizan las distintas comunidades autónomas”, y por ello recomienda que el Estado “Perfeccione su mecanismo de recopilación de datos y de análisis de datos desglosados sistemáticamente sobre la población menor de 18 años en todas las esferas que abarca la Convención, prestando especial atención a los grupos más vulnerables, a saber, los niños romaníes, los hijos de familias migrantes, los niños migrantes no acompañados y los hijos de familias económica y socialmente desfavorecidas”, y “Utilice eficazmente esos datos e indicadores para formular y evaluar políticas y programas destinados a la aplicación y la supervisión de la Convención”.

4) Poner en marcha procedimientos legales garantistas de los derechos de los Menores no Acompañados.

- 4.1) Ante la situación de desamparo y vulnerabilidad en que se encuentran, por definición, los MENA, la Administración debe asumir su tutela desde el primer momento, para evitar su desprotección y la situación de "limbo jurídico" en el que nadie asume su representación legal, situación que se puede prolongar durante meses. Dicha tutela no debe limitarse a una mera prestación de servicios, sino que debe apostar por la recuperación efectiva de los derechos que asisten a los niños y promover su integración efectiva.
- 4.2) Debe regularse y garantizarse expresamente el derecho de **asistencia letrada** durante todo el procedimiento: que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado comuniquen al Colegio de Abogados del lugar de entrada al territorio nacional la detección de estos menores, para que se pueda poner en marcha el correspondiente procedimiento de asistencia. Esta asistencia proporcionará al menor un trato más personal y una garantía en la defensa de sus derechos, incluido el derecho a ser escuchado.
- 4.3) Del mismo modo, recomendamos **la ampliación del actual Protocolo de Menores Extranjeros no Acompañados**, de manera que se contemple la asistencia profesional multidisciplinar (médicos, psicólogos, interpretes, mediadores culturales, abogados, etc.) desde el mismo momento de la localización y primera entrevista, garantizándose desde el inicio el derecho a la información sobre sus derechos, sobre los procedimientos a seguir y sobre qué va a pasar con su vida en el futuro. En dicho protocolo deberá tener un apartado específico el tráfico de menores para la explotación sexual y laboral y la detección de posibles refugiados.
- 4.4) El procedimiento de **determinación de la edad** debe hacerse con todas las garantías y sólo en los casos necesarios. La Administración debería utilizar todas las pruebas médicamente recomendadas que sean posibles desde un punto de vista técnico, poniendo a disposición de los profesionales que han de realizarlas los medios necesarios.
- 4.5) Se debe **documentar** al menor extranjero no acompañado en el plazo previsto por la normativa aplicable para evitar que el menor alcance la mayoría de edad en situación irregular. La Fiscalía de menores debería supervisar que se les dote de una autorización de residencia transcurridos nueve meses desde su declaración de desamparo; así como que los menores mayores de 16 años que se encuentren en centros y quieran trabajar cuenten con una autorización de trabajo.

5) Menores invisibles y menores solicitantes de asilo

La Administración debe efectuar un esfuerzo especial para detectar los casos de menores que se encuentran fuera del sistema, bien por que éste los expulsa o porque no los detecta. Se trata de niños y (sobre todo) niñas en una grave situación de vulnerabilidad y por tanto necesitados de una especial protección y de un trabajo adecuado a sus necesidades. Por otra parte, se ha de garantizar el derecho que tiene el menor no acompañado de solicitar asilo, para lo cual se le ha de informar en primer lugar de este derecho y se le ha de facilitar la petición desde el mismo momento en que es localizado.

6) Integración

Para promover la adecuada integración de los menores extranjeros en nuestra sociedad es necesario llevar a cabo acciones dirigidas no sólo a los propios niños inmigrantes, sino también a la otra parte implicada en el proceso de integración, esto es, los menores autóctonos que van a convivir con ellos. Así, las administraciones educativas deberán garantizar por ejemplo que la escolarización del alumnado que acceda de forma tardía al sistema educativo se realice atendiendo a sus circunstancias, contando con los apoyos oportunos. Tales acciones deben completarse aportando la debida formación en derechos humanos e interculturalidad al profesorado. Otras medidas clave para favorecer la integración pasan por facilitar su documentación, reduciendo al mínimo los trámites exigidos para participar en actividades escolares y extraescolares.

RESUMEN UNICEF 2009

NI ILEGALES NI INVISIBLES

REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS MENORES
EXTRANJEROS EN ESPAÑA



unicef 

unidos por la infancia