



MENORES EXTRANJEROS en situación irregular

SUSANA GARCÍA-BAQUERO BORRELL. Asturias

En los países del Tercer Mundo, especialmente en el África subsahariana, es sobradamente conocido que un menor extranjero, indocumentado, tiene en España más posibilidades de adquirir la residencia legal que un mayor de edad en la misma situación.

Es por ello que muchas familias “embarcan” a sus menores en la arriesgada travesía de introducirse y establecerse en territorio español, quizás como último remedio para huir de la miseria y convertirse en un baluarte de esperanza para sus familias.

Sin embargo, a menudo esta “travesía” se convierte en un arma de doble filo, no sólo por las nefastas consecuencias que la situación de desarraigo puede generar en el menor, sino porque a menudo las políticas de inmigración, suelen tener como finalidad la repatriación del menor, sin respetar unas mínimas garantías de amparo en sus países de origen.

Este drama está alcanzando últimamente a los menores de más corta edad, que apenas alcanzan los 11 ó 12 años, ya que la legislación prevé la concesión de un permiso de residencia tras un período de estancia de cinco años, con lo que, con el fin de que culminen dicho período durante su minoría de edad se les envía a España a tan corta edad, para así garantizarse este derecho con el transcurso de los cinco años.

El drama, por tanto, se extiende cada vez más a los más pequeños.

Pero veamos cuál es el camino que deben recorrer estos menores en su difícil “tarea” se establecerse legalmente en España.

La mayoría de ellos llegan a España totalmente solos, sin estar acompañados de ningún adulto, con lo que es claro que se les debe declarar en situación legal de desamparo, según establece el art 172 C.Cv, quedando bajo la tutela legal de los servicios de protección de menores de las CCAA.

En muchas ocasiones, sin embargo, el menor está indocumentado o porta un documento de identidad de cuya autenticidad hay motivos bastantes para dudar.

En estos casos, el art 35 de la Ley Orgánica de Extranjería, establece que *“cuando las Fuerzas de Seguridad, localicen a un menor de edad cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará por los servicios de protección de menores, la atención inmediata que precise, poniendo el hecho en conocimiento inmediato del MF, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias. Determinada la edad, si se tratase de un menor de edad, el MF lo pondrá a disposición de los servicios de protección de menores competentes”*.

Una vez acreditada su minoría de edad, se incoa expediente administrativo que declare su situación de desamparo y quedan bajo la tutela legal de los servicios de protección de menores de las respectivas comunidades autónomas.

No obstante, una vez que el menor queda bajo la tutela legal de los organismos correspondientes, se puede intentar su repatriación a sus países de origen, ya que lo lógico es que el menor esté con su familia, y habiendo entrado en España de forma ilegal y no teniendo ningún tipo de arraigo ni vínculo, lo lógico es que se intente que su infancia transcurra junto a su familia.

El expediente de repatriación ya no es competencia de la CCAA sino de la Administración central a través de sus órganos periféricos, en concreto de las respectivas Subdelegaciones de Gobierno.

Estos órganos pueden incoar expediente de repatriación del menor que deben notificar al Ministerio Fiscal, como órgano encargado de velar por los intereses del menor.

No obstante, para que se decida la repatriación es preciso garantizar que el menor será debidamente atendido en sus países de origen, bien sea por su familia, bien por los servicios correspondientes.

Pues bien, es precisamente en este punto donde existe el riesgo de que el menor sea retornado en condiciones que no garanticen su seguridad y bienestar.

Esto es así porque en la mayor parte de las ocasiones existe gran dificultad en localizar a sus familias de origen, y la repatriación se realiza a instituciones respecto de las que se ignora el tipo de atención que ofrecen a los menores.

En demasiadas ocasiones, se entrega a estos niños en las fronteras, siendo recogidos por personas o instituciones de las que todo se ignora, al no realizarse tampoco las más mínimas comprobaciones sobre las garantías que las mismas ofrecen a los menores.

Por lo demás, existe también una viva polémica en relación a la participación que el menor debe tener en los expedientes de repatriación. En principio la ley exige únicamente que el menor “deberá ser oído”, así como que debe exigirse informe de los servicios de protección de menores que tengan acogido al menor.

Sin embargo, muchas veces el informe de estos servicios es contrario a la voluntad del menor que se niega a su propia repatriación.

La resolución administrativa que acuerde la repatriación es recurrible ante las vías administrativa y contencioso-administrativa, pero dado que la ley no prevé la intervención del menor en estos expedientes, en la mayor parte de las ocasiones, los juzgados de lo contencioso-administrativo suelen inadmitir el personamiento del menor que pretende recurrir la decisión de repatriación y que comparece asistido de letrado y representado de procurador, generalmente facilitado por ONG.

Pues bien, recientemente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos sentencias sucesivas declarando que la inadmisión de dichos personamientos suponen una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías proclamado en el Art. 24 C.E, por lo que a partir de este momento, los menores deberán ser considerados en sus expedientes de repatriación como una parte más con todos los derechos que ello comporta.



Por último, es preciso decir que el expediente de repatriación tiene un plazo de caducidad de resolución de nueve meses (Art. 92.5 Reglamento de Extranjería), transcurrido el cual o cuando quede acreditada la imposibilidad de que el menor sea repatriado, deberá otorgársele un permiso de residencia, cuya obtención será promovida por el órgano encargado de la tutela del menor y sus efectos se retrotraerán al momento en que el mismo haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.