

MENORES MARROQUÍES NO ACOMPAÑADOS: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN SOCIO-LEGISLATIVA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN ANDALUZ¹

Asunción Martínez Martínez

Universidad de Granada

En los últimos veinte años España se ha convertido en uno de los principales países receptores de población extranjera. Ello ha supuesto que se convierta en uno de los primeros países de Europa en entrada de inmigrantes. En un principio el fenómeno venía impulsado por la llegada de una población adulta, sin embargo, a partir de la década de los noventa se empieza a dar una nueva situación. Parte de la población que llega tiene edades cada vez más tempranas, contemplando a niños de terceros países que realizan sus proyectos solos. Nos referimos a los llamados "Menores Inmigrantes No Acompañados", que a consecuencia de la situación vivida en sus países, deciden realizar su proyecto migratorio en solitario, siendo uno de los destinos España. Este fenómeno, "relativamente nuevo", nos plantea una nueva situación dentro de los flujos migratorios a la que debemos prestar atención, ya que alrededor de los mismos surge una problemática que pone en riesgo la protección e integración del derecho del menor.

La literatura científica ha venido caracterizando a estos menores² de la siguiente manera: La mayor parte son varones, la mayoría no eran niños de la calle en su país, vienen con desconocimiento del idioma español, presentan una mayor madurez que la que le corresponde a su edad cronológica, sufren un gran choque entre las expectativas que tenía al venir a España y la realidad con la que se encuentran, la familia no siempre es un elemento activo en la planificación de la marcha del menor, aunque generalmente se muestra de acuerdo con la misma y proceden en la mayoría de los casos de Marruecos. Y es que el 69,9% de estos menores es mayoritariamente de este país³ y que su presencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía sea muy importante (a fecha de 31 de Marzo del 2009, Emn (2009) indicaba que eran 835 menores⁴), tiene que ver, entre otras cosas, con su cercanía al territorio español y a las costas andaluzas.

Santoja y Konrad (2002) destaca que entre los menores marroquíes los principales motivos por lo que migran hacia Europa no es solo por la propia imagen del adolescente y su proyecto de futuro, sino también debido a situaciones en su núcleo familiar, a la precariedad económica o, como indica Iglesias (2009), a estos mismos factores unidos a una situación de debilidad o ausencia de los servicios sociales públicos de este país. Murrillas (2002) nos comenta que dos tercios de la juventud marroquí son menores de 20 años, cuyo paro es superior al 25%, por lo que las causas que motivan el inicio de la migración son similares a las de los adultos⁵. Entre dichas causas se encuentran la mejora de su nivel de vida y la ayuda a la familia que deja en su país. A todo ello se le añade la consideración de la migración como un proceso de iniciación a la vida adulta, motivándoles el hecho de enriquecerse y de "ir a la aventura europea" que observan cotidianamente a través de los medios de comunicación y de los propios migrantes retornados⁶.

En lo que respecta a la "estabilidad" del menor, una vez localizados en el país de destino, la literatura científica es cada vez más importante y detallada. Legazpi (2004), Bravo (2005), APDHA (2006), Durán (2007), López (2008), Iglesias (2009), Gude y López (2009) coinciden en sus textos que en dicho procedimiento de "estabilización" existe una serie de problemas que centran nuestro interés para el presente trabajo: ¿deben ser tratados como menores o como extranjeros?. Sin duda, la respuesta a esta pregunta tienen importantes

¹ La presente comunicación se inscribe dentro de una investigación más amplia que estoy desarrollando en el marco de mi tesis doctoral sobre el fenómeno de los llamados "menores inmigrantes no acompañados" con especial énfasis en su paso por el sistema educativo. Dicha tesis doctoral la realizo en el Programa de Doctora en Migraciones del Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada.

² En este punto de caracterización seguimos los trabajos de Save The Children (2005); Capdevilla y Ferrer (2004); Ramírez y Jiménez (2005); Bargach, Arce, y Jiménez (2005); Bueno y Mestre (2006) y Lázaro (2007).

³ La información cuantitativa que se acompaña es estimativa y está elaborada a 31 de Marzo de 2009 a partir de diversos informes facilitados por las Comunidades y Ciudades Autónomas a través de "La política de Acogida, Repatriación y acuerdos para la Integración de los Menores Extranjeros No Acompañados". Red Europea de Migraciones (EMN), 2009. Ministerio de Trabajo.

⁴ Solo superada por Canarias con 1.340 MENAS, datos obtenidos del Ministerio de Trabajo e Inmigración

⁵ Se hace referencia a investigadores como Bastida (2001); Jiménez (2005); Iglesias (2009); Salvador (2010) que en sus estudios reflejan que muchos de estos menores no acompañados en sus países de origen son ya considerados como si fueran adultos, problematizado el concepto de menor que tenemos en un lugar y otro, a pesar de creer que se trata de una categoría universal.

⁶ Algunos estudios están ya describiendo la frustración con la que se encuentran estos menores al no ver cumplidas sus expectativas una vez que llegan a su "dorado europeo". En este sentido puede consultarse los trabajos de Salvador (2010) *Menores Migrantes sin Referentes Familiares. Intervención socioeducativa e intercultural*, Proyecto Con Red (2004) extraído de Gabriela, S (2007): *Rutas de pequeños sueños. Los Menores Migrantes No Acompañados en Europa. Materiales para el conocimiento, la formación y la sensibilización.*

consecuencias y una de las más importantes tiene que ver con la decisión de permitir al menor permanecer en el país al que ha llegado y comenzar con ello un proceso de tutela⁷.

A pesar de estos enfoques de diferentes investigaciones, nosotros nos posicionamos matizando las mismas y estableciendo un triple tratamiento posible de estos menores a su llegada, en concreto, a España. Entendemos que realmente estamos ante tres situaciones que caracterizan al niño marroquí no acompañado en lo que se refiere al posible trato que recibirá. Por un lado es menor, por tanto debe de aplicarse la normativa que le protege y le hace disfrutar de unos derechos (especialmente en la medida que se encuentra en situación de desamparo por carecer de adulto que le tutele). Por otro lado, es considerado inmigrante, y no sólo por una consideración demográfica al haber nacido en un lugar diferente del que ahora está, sino como categoría sociocultural -distinta de la jurídica- que le convierte en un "diferente" en la llamada "sociedad de acogida". Por último, es considerado y tratado como una persona extranjera, con lo que ello supone de condición jurídica administrativa en un país del que no eres ciudadano y perteneciente a un país no comunitario (para el caso de llegada a la Unión Europea), viéndose entonces envuelto en una legislación de aplicación a la población extranjera⁸.

Para el tratamiento de toda esta problemática nos centraremos ahora en las siguientes cuestiones: En primer lugar, se discutirá entre menor, extranjero e inmigrante, analizando uno a uno y como en función de la aplicación que reciban, apreciaremos diferencias significativas de cada concepto. En segundo lugar se estudiará los obstáculos que viven los menores para hacer posible su permanencia en el territorio Español con una adecuada regularización administrativa de su situación jurídica.

1. PERSONAS SUJETAS DE DERECHO. DISCUSIÓN ENTRE MENOR, EXTRANJERO E INMIGRANTE

Éstos menores a los que nos estamos refiriendo son definidos por la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países. De allí han pasado a las directivas del Consejo de la Unión Europea 2001/55/CE, 2003/9/CE y 2003/86/CE⁹, siendo descritos como:

Menores de dieciocho años nacionales de países terceros que llegan al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos.

Pero el acuerdo sobre su definición no es generalizado. En España nos encontramos con diferentes acrónimos a la hora de caracterizarlos: en Andalucía y Murcia son llamados *MEVA* (Menores Extranjeros No Acompañados), en Cataluña son denominados como *MEIVA* (Menores Extranjeros Indocumentados no Acompañados) y en Canarias como *MINVA* (Menores Inmigrantes no Acompañados). Lo que ya nos anuncia la falta de consenso en la delimitación del fenómeno y, lo que es más importante, la falta de acuerdo en el tratamiento del mismo. En base, a esto, utilizaremos la terminación *MEVA* ya que se está haciendo referencia principalmente a la Comunidad Andaluza.

De acuerdo con la terminología señalada en los dos párrafos anteriores, nos percatamos que en la actualidad autores como Durán (2007); Gude y López (2009) solo discuten, desde el punto de vista del derecho, una doble condición: su situación de *menores de edad*, que les garantiza una protección por un lado y de *extranjero* irregular con la restricción de derechos que esta situación conlleva, por otro. Ahora bien, si hacemos uso de las definiciones expuestas y las desglosamos, extraemos 3 conceptos que nos hacen ampliar el anterior análisis a su condición también de *inmigrante*.

Si partimos de su posición como menor, la Declaración de los Derechos del Niño lo considera como:

El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

⁷ Una vez determinada su minoría de edad el ordenamiento jurídico lo declare en situación de desamparado, por su edad y por la falta de un adulto responsable de su seguridad, pasando a ser atendido por las entidades responsable de la tutela a cualquier menor en situación de desamparo.

⁸ Nosotros cuestionamos que a estos menores se les deba dar ese tratamiento de persona extranjera, ya que lo único que debería primar es que no tiene alcanzada la edad adulta y por tanto el país receptor debe de asegurar un crecimiento seguro para su desarrollo como persona, independientemente del lugar donde haya nacido y su condición jurídica administrativa.

⁹ Se hace referencia a el Alto comisionado para los refugiados de las Naciones Unidas, a la Organización Save the Children en su declaración de buenas practicas, completadas dicha noción por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observatorio General número 6 (2005), a un concepto mas ampliado que nos ofrece el Derecho Comunitario recogido por la Resolución del Consejo de la Unión Europea expuesto en el texto, así como los autores, WFA (2004); Gallego et al. (2005); Bueno y Mestre (2006); López (2008) que definen al colectivo *MEVA*. En todas las definiciones coinciden en que son menores de 18 años, que están fuera de su país de origen, separados de su cuidador habitual, separados de ambos padres y otros parientes, sin el cuidado de un adulto que por ley o costumbre le corresponde, nacionales de terceros países o apátridas que llegan al territorio de los Estados Miembros de la UE sin ir acompañado de un adulto responsable de ellos, que suelen acceder al país de destino sin documentación y en ocasiones con la solicitud de asilo, así como aquellos menores que se dejen solos tras su entrada en los Estados miembros.

Dicho esto, debemos precisar que estamos ante una definición homogeneizada del concepto, cuando en realidad debe ser utilizado en función del contexto social en el que nace el menor, así como de su edad madurativa, con el fin de distinguir que no es lo mismo un menor que nace en un país como España de un menor que nace en un país como por ejemplo Senegal. Al respecto, Iglesias (2009) refuerza en sus estudios que estos menores son considerados como adultos en la sociedad donde nacieron, incluso adquieren las mismas responsabilidades que implica dicho rol. Esta situación les lleva a emigrar con las mismas ideas como si de un adulto se tratase, las de trabajar, mandar dinero a sus familias y mejorar su calidad de vida. Sin embargo, lo que pretende la sociedad española una vez que llegan, es que dejen apartado su proyecto migratorio y se conviertan en niños "como los nuestros" rompiendo así sus expectativas, las cuales, generalmente no coinciden con la protección¹⁰ que se les otorga o con la ayuda que ellos necesitan o desean.

Otro de los tres conceptos que hemos extraído de las definiciones de *MENA*, como nuevo aporte, es cuando es considerado como inmigrante, y como tal, debe realizar un desplazamiento desde una población de origen a otro de destino. En este sentido, es importante aportar que no es solamente un cambio de residencia en un acto aislado de un individuo, sino que es un fenómeno con una función de espacio y tiempo, es decir movimientos poblacionales que se realizan en intervalos de tiempo específicos y áreas geográficas determinadas e influenciadas por el momento socioeconómico que históricamente se viva (Pimienta y Vera, 2009). Sin embargo, existen limitaciones en cuanto al término, dado que, habrá países que utilicen la definición tal y como se expone, como un proceso de traslado histórico y otros países, que a la hora de aplicar la definición de desplazamiento, venga condicionado por el país de donde proceda la persona. En definitiva, cuando apliquemos su condición de inmigrante estaremos más ante un aspecto sociocultural que legal e incluso que de edad.

Es importante señalar que si la definición de inmigrante en su máxima esencia se registra como la persona que se traslada de un lugar a otro, nos hace caer en la lógica, que dicha acción debería ser aplicada para todo aquel que la realiza y no en función de la persona con una nacionalidad particular. El problema viene dado, cuando la acción es llevada a cabo por menores marroquíes no acompañados puesto que su nacionalidad le ha perjudicado en su imagen. Esta lesión es a consecuencia de la difusión que han hecho los medios de comunicación españoles, entre otros países, sobre el perfil equivocado de su personalidad (Granados, 2004). Así pues, el menor se verá afectado a la hora de ser tratado por la sociedad autóctona que incluso la misma, a llevado a considerarlos antes que extranjeros como inmigrantes, prevaleciendo más su lugar de origen que su situación jurídica administrativa.

Ahora bien, si es tratado como extranjero, sinónimo de no nacional, el problema vendrá dado que alrededor del colectivo se ha creado una nebulosa importante donde se trafica con los derechos del niño, donde lo último que se tiene en cuenta es su condición de menor y su protección regulada por las leyes internacionales y nacionales.

En este sentido y teniendo en cuenta la normativa jurídica que gira en torno al *MENA*, la resolución de la Unión Europea lo define como aquel que procede de terceros países, no comunitarios, recibiendo de esta manera la condición de extranjero y necesitando de una regulación administrativa de residencia¹¹ para albergarse en el país. Por lo tanto, en muchas ocasiones y para el control de flujos migratorios va a ser considerado como un adulto en situación irregular. De hecho, en párrafos anteriores se comentaba que para la correcta integración del *MENA* era importante tener en cuenta su perfil ya que era diferente al menor autóctono. En este sentido, es incongruente pensar que para algunas ocasiones los consideremos mayores indocumentados para el control de la inmigración y en otras no queramos deliberar que son jóvenes adultos en sus países natales. Asimismo, la APDHA (2006) ha llegado a mencionar que jóvenes entre 16-18 años en situación de *MENA*, se le han aplicado el régimen de la devolución bajo 48 horas hacia el país de origen, consustancial a los adultos en situación irregular.

Al respecto, hay que señalar que el Estado de Derecho Español ratificó en su día, como miembro de la Unión Europea, un tratamiento universal que protegiese los derechos a la infancia¹². Es por ello que para Legazpi (2004) dicho derecho desplaza, en el ámbito de la extranjería, cualquier tratamiento normativo inspirado de

¹⁰ Se debe aclarar que la intención no es que no se proteja al *MENA* por tener una edad madurativa superior al menor español, sino que se le proteja teniendo en cuenta las características propias de su perfil, así como la situación vivida en su país y el propósito de su viaje.

¹¹ Dicha regulación administrativa, comenzará con su localización y determinación de su minoría de edad para ser declarado en Desamparo pasando a ser acogido por los servicios de protección del menor, que una vez comprobado su posibilidad de llevar a cabo su reagrupación familiar, siendo fallida, se procederá a solicitar su autorización de permanencia.

¹² Las medidas internacionales para la protección a la infancia fueron prácticamente inexistentes hasta el siglo XX. La primera Declaración de los Derechos del Niño, conocida como la Declaración de Ginebra, data de 1924. La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que destaca el Derecho a la igualdad, sin distinción de raza, credo o nacionalidad, así como la Convención de los Derechos de la Infancia el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Estado Español el 30 de noviembre de 1990, comprometiéndose los estados a dedicar una atención especial a los niños particularmente vulnerables, entre ellos los que no tienen familia. Extraído el 15/11/2010 por la página de internet <http://www.juntadeandalucia.es>

forma exclusiva en el control de los flujos migratorios. Si nos acogemos también a la normativa nacional, se puede hacer constar que la Constitución Española así como la Ley Orgánica 1/1996 del 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo primero, no diferencian en medidas de protección y asistencia a la infancia entre menores españoles y extranjeros¹³, dado que sería síntoma de discriminación. Por lo tanto, no se entendería, en un principio, la solicitud de residencia para permanecer en el territorio español que se le debe otorgar al *MENA* una vez pasado nueve meses desde su llegada.

En resumen, en primer lugar hemos dicho que el *MENA* es tratado como adulto para el control de flujos migratorios vulnerando de esta manera su derecho adquirido como menor. En un segundo lugar dejamos constancia de que este control de flujos nunca debe primar por encima de su condición de menor y que la ley marca que debe ser tratado de la misma manera que un menor español sin discriminaciones por su situación de inmigrante. En tercer y último lugar indicamos que primará en todo momento el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y que se tendrá en cuenta su derecho a ser oído. Recogido dichos derechos en el art. 2 y 3 de la Ley Nacional sobre Protección Jurídica del Menor así como del Convenio de Derechos del Niño respectivamente, al igual, que los derechos que recoge la Ley Andaluza¹⁴ entre sus artículos 5 y 14.

Teniendo claro que si en todo momento debe primar el interés propio del menor a su condición de extranjero o su situación de inmigrante, habrá que dejar constancia de la Instrucción 6/2004 de 26 de Noviembre de la Ley Española, que dicta que en ningún caso puede llegarse a dar una sanción de expulsión contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente su mayoría de edad.

En conclusión, nuestro país no se enfrenta a una política global de protección y atención a la infancia e incluso a la hora de afrontar el fenómeno de las migraciones de menores parece como si sólo fuera capaz de vislumbrar al inmigrante que pretende participar de sus riquezas y de su bienestar, mientras un velo le oculta al menor que demanda su amparo y protección (APDHA, 2006; Uroz, 2009). Esta política sería necesaria para garantizar a los *menores no acompañados* un acceso equitativo a los servicios de bienestar social, independientemente del lugar de donde proceda y sin que le afecte su condición de *inmigrante "no deseado"* o de *extranjero "adulto"*.

2. PROTECCIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE REGULARIZACIÓN DEL MENA

Dentro del ordenamiento jurídico, para que se lleve a cabo la regulación administrativa del grupo de menores a los que estamos haciendo referencia deberá prevalecer, en un primer lugar, su minoría de edad, estipulada por debajo de los 18 años. La demostración de su citada niñez vendrá dada por la documentación que aporte el sujeto, puesto que es el camino para ser acogidos por los Servicios de Protección de la sociedad y llevar a cabo su integración. El problema es que en la mayoría de los casos hay una ausencia de dichos papeles, de tal manera que demostrar la edad se hace más complicado. En este aspecto, la falta de documentación según Durán (2007) de un presunto menor, no conlleva implícito la aplicación de medidas de alejamiento del territorio nacional con carácter sancionador como la expulsión, sin embargo si se aplicará la reintegración familiar del menor. Por lo tanto estos dos conceptos, jurídicamente no son iguales, pero su resultado será el mismo en tanto en cuanto la intención que dicta las normas es que el menor vuelva al seno del hogar.

De acuerdo con lo expuesto, en ocasiones, esta ausencia de documentación¹⁵ viene dada precisamente para ocultar que ya no es un menor¹⁶ y que ha alcanzado la edad madurativa que marca la ley. Precisamente este aspecto se da con el fin de tener acceso a los medios de protección y evitar la expulsión del país (Bravo, 2005). Por tanto, determinar la edad de los mismos, revestirá gran trascendencia puesto que de ella va a depender la actuación de la Administración Pública. Si una vez realizadas las pruebas médicas, los resultados obtenidos es que son individuos adultos, se convertirán automáticamente en personas en situación irregular en España, conforme al Art. 53.b) LOEXIS hecho que constituye una falta grave de las que pueden ser sancionadas con la expulsión del territorio nacional conforme al Art. 57 LOEXIS ya que pasan a ser tratados como extranjeros indocumentados mayores de edad¹⁷.

¹³ En los textos relativos a los derechos del menor, impiden la posibilidad de que se produzca ningún tipo de discriminación, ni siquiera las producidas por la nacionalidad, que es precisamente la circunstancia introducida como elemento diferenciador en la legislación de extranjería reflejado, entre otros, en el art. 2 de la Convención De los Derechos del Niño.

¹⁴ Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁵ Incluso, con un pasaporte no válido del todo, con el sello del consulado del país de origen pero sin fotografía que testifique la identidad.

¹⁶ Hay que añadir que cuando rozan la edad de 18 años van cambiándose de una Comunidad Autónoma a otra inscribiéndose con diferentes nombres en varios registros, de ahí la necesidad de crear un archivo común para todos los territorios.

¹⁷ Se ha comprobado por ejemplo en Andalucía, que un 50% de los que habían alegado ser menores de edad eran en realidad mayores (Sánchez Bursón, 2001) «La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía» en *Menores extranjeros no acompañados*, Ponencias del Seminario Europeo desarrollado por UNAF, en Madrid, los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2001, UNAF, Madrid, 2001, p. 99)

Por otra parte, el protocolo a seguir para regularizar su situación jurídica girará en torno a una serie de pasos que en resumen dictan: una vez localizados se comprobará su identidad con la documentación que aporten, se determinará la minoría de edad necesaria para declarar su situación de desamparado donde automáticamente pasan a integrarse a los servicios de protección y comenzar con ello un proceso de tutela. Así como paralelamente se llevará a cabo la búsqueda de su familia en su país de origen para la reagrupación familiar y por consiguiente la posibilidad de retorno del menor.

En todos estos pasos de asentamiento el colectivo *MENA* también se verá afectado por su triple condición de menor, extranjero e inmigrante. En este sentido se puede detectar una serie de anomalías donde se pretende ver si realmente prima la protección del infantil en situación de desamparo o prevalecerá su condición de extranjero e inmigrante.

A continuación, se expone dentro de la tabla un resumen que irá relacionando su triple condición con los pasos a seguir para su regulación.

Tabla I. REGULARIZACIÓN DEL MENA. CONTROVERSIA ENTRE MENOR E INMIGRANTE

| MENOR-INMIGRANTE-EXTRANJERO | EXTRANJERO-DESAMPARADO | DESAMPARO-REAGRUPACIÓN FAMILIAR | REAGRUPACIÓN FAMILIAR-RETORNO |
|--|--|--|--|
| 1.- Control de flujos migratorios. | 1.- Localización. | 1. Principio de reagrupación. | 1.- Retorno con garantías de reagrupación familiar. |
| 2.- Expulsión del país por su condición de migrante. | 2.- Determinación de la minoría de edad. La practica no fiable de la prueba oseométrica. | 2.- Localización de la familia. | 2.- Defensa de los derechos de los menores extranjeros no acompañados. |
| 3.- Problema de conflicto de interese en el papel de la administración: se encarga al mismo tiempo de la tutela y de la expulsión. | 3.- Declaración de Desamparo. La llamada tutela en suspenso. | 3.- Interés propio del sujeto. | 3.- Amenaza constata de repatriación. |
| 4.- Protección de los derechos del menor (interés superior del menor y derecho a ser oído). | 4.- Servicios de Protección. | 4.- Condiciones de estabilidad en su país en caso de que sea repatriado. | 4.- Valorar las circunstancias socio-familiares del menor para llevar a cabo el retorno. |

Fuente: elaboración propia

La primera columna de la tabla, analizada en el punto 2 del trabajo, manifiesta un problema que en teoría y en la práctica no debería existir, porque la solución a priori siempre estará en la minoría de edad y en la protección que conlleva.

En la segunda columna anuncia que una vez que son localizados, hay que determinar su minoría de edad. Si es el caso de que no tienen documentación que avale su identidad como menor, el Ministerio Fiscal tendrá la competencia para llevar a cabo las pruebas médicas que marca la ley y que dictaminan su fecha biológica aproximada. De esta manera, las técnicas médicas más utilizadas son: realizar un análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda. En este sentido, el inconveniente que nos plantea autores como APDHA (2006) y Durán (2007) es que esta prueba ósea es declarada como poco fiable, ya que hay que establecer la edad del individuo en un intervalo de edad bastante amplio de 24 meses, siendo demasiado impreciso. De hecho, tampoco se tiene en cuenta las diferencias étnicas, así como raciales, además de afirmar los citados autores, que este método no es aplicable a personas mayores de 16 años. Por ende dicha falta de claridad va a originar problemas de certeza y de seguridad jurídica que perjudicaran a la declaración de desamparo de la que depende el menor para su protección y permanencia en el país.

Por otro lado, una vez que se comprueba la edad y la falta de un adulto que vele por su seguridad e intereses, automáticamente es declarado en situación de desamparo y necesitará de la protección de la Comunidad Autónoma, en este caso de Andalucía¹⁸ para cubrir sus necesidades. Aquí nos encontramos con el primer fallo que plantea el sistema y es que estos menores son tratados según refleja APDHA (2006) como extranjeros irregulares y no como menores en desamparo en las mismas condiciones que los nacionales. Asimismo incluso sus propias familias los envían poniendo en riesgo su vida, utilizando la edad de sus hijos para entrar en España y conseguir la autorización de residencia y trabajo, que de otro modo sería imposible obtener.

¹⁸ La protección de los menores es un principio rector de la política social que debe informar la actuación de los poderes públicos, según disponen los artículos 39 y 53.3 de la Constitución. En este sentido, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejercicio de las competencias asumidas en el artículo 13, apartados 22 y 23, del Estatuto de Autonomía, aprobó la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, en la que se regula, de conformidad con la legislación civil, el desamparo, la tutela y la guarda administrativa, como instrumentos de protección de los derechos de los menores. En el artículo 23.1, párrafo segundo de la presente Ley considerará situaciones de desamparo a la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor. No obstante, es necesario proceder al desarrollo reglamentario del Decreto 42/2002, de 12 de Febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de dichos mecanismos de protección al objeto de establecer procedimientos que garanticen la efectividad de los derechos de los menores, a través de una intervención administrativa cuyo objetivo será evitar la desprotección del menor.

Una vez declarado en situación de desamparo se comenzará a tramitar la tutela del niño, en la cual establece una serie de derechos¹⁹, entre ellos destacamos: la responsabilidad de proteger y promover el interés del menor, garantizar un cuidado adecuado, promover su inserción social y su asistencia legal o/y de interpretación siempre que sea necesario, facilitar la participación del menor en todas las decisiones que le afecten y representar legalmente al tutelado que será asumida por los Servicios de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas donde se encuentre. El problema radica que solo tendrá lugar la tramitación de la tutela siempre que no sea posible para el menor su reintegración familiar. Es por tanto que hasta que no sea comprobada la reagrupación, el menor no podrá disfrutar de los derechos que le otorga la citada tutela.

En este sentido que no se lleve a cabo inmediatamente dicha tramitación es debido a que en el Estado Español prima el principio de reagrupación familiar donde la Comisaría General de Extranjería y Documentación²⁰ llevará a cabo la investigación de localizarla. En muchos de los casos la investigación de la comisaría es infructuosa, obteniéndose como indica Bravo (2005) más información a través de la entrevista y contacto diario por los Servicios de Protección de Menores donde están acogidos, que por las autoridades públicas.

Otro de los aspectos importantes a tener en cuenta antes de hacer posible el retorno del menor es la situación así como las leyes que hay en el país a donde retornaría para no vulnerar su estado derecho. En el caso de Marruecos, las leyes son muy estrictas cuando se refieren a la emigración en situación irregular, que la introduce como delito, sancionada con una multa y/o con una pena de prisión como marca la Ley 02/03 marroquí, relativa a la entrada y a la estancia de los extranjeros en Marruecos, y a la inmigración y emigración irregular.

De igual manera, esto significa que un menor repatriado de España hasta Marruecos, debe de comprobarse como dice López (2008) que no exista ningún peligro para su integridad y según Bravo (2005) solo debe llevarse a cabo, primando siempre el interés superior del menor y si se diera las condiciones para un efectiva reagrupación familiar o para una adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen²¹.

En este sentido sin duda esta normativa constituye un riesgo o peligro para la seguridad del menor, no solo porque es muy represiva sino porque no respeta los principios básicos del Estado de Derecho, de hecho, tal situación sería contraria a las exigencias de garantías de retorno supuestas en el *Reglamento de la Ley de Extranjería así como en el Plan de Acción Europeo*.

Finalmente tenemos que tener en cuenta, que la repatriación no es un objetivo absoluto sino que debe existir otra serie de factores que puedan hacer que la balanza del interés superior de éste se incline en pro de su permanencia en nuestro país, donde la decisión debe ser adoptada tras ser oídos y previo informe del Servicio de Protección de Menores.

3. CONCLUSIONES

Los medios de Comunicación de Marruecos han fomentado que los niños deseen venir a Europa y disfrutar de una vida con mejores posibilidades de futuro, convirtiéndose en próximos emigrantes que dejarán el país.

La situación de estos niños, cuando llegan a España y específicamente a Andalucía se convierte en un paradigma muy diferente al que esperaban, pasando de ser niños a ser denominados como *MENA, MINA, MEINA*, en función del lugar español en el que se asienten. Dicha falta de homogeneidad ya nos descubre que se pedan convertir en inmigrantes, extranjeros o en menores. Aquí hemos querido dejar constancia de que a pesar de que principalmente la literatura científica consultada manejan y analizan su condición menor y extranjero, se ha concluido que la polémica no gira en torno a estas dos condiciones, sino a tres, incluyendo en medio su condición de inmigrante que debe ser tratado también como concepto diferenciador y no incluido dentro de uno de los dos anteriores.

¹⁹ Dentro de la tutela se incluye las responsabilidades de Proteger y promover el interés del menor, garantizar un cuidado adecuado: alimentación, vestido, alojamiento y servicios sanitarios y que el menor tenga acceso a la educación y formación apropiada, promover su inserción social y su asistencia legal o/y de interpretación siempre que sea necesario, facilitar la participación del menor en todas las decisiones que le afecten y representar legalmente al tutelado que será asumida por los Servicios de Protección de Menores de las Comunidades Autónomas donde se encuentre el menor.

²⁰ La Administración General del Estado, compete, a la luz de la legislación vigente, para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, pero será la Comisaría General de Extranjería y Documentación la encargada de realizar todas las gestiones necesarias para averiguar la identidad del menor y sus circunstancias personales y familiares. El procedimiento habitual es el de comunicar la llegada del menor y solicitar la realización de los trámites para averiguar la identidad y/o localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores del país de origen que se hicieren responsables de ellos, reflejado en el Art.92 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, de 30 de diciembre de 2004, así como la reforma realizada en el 2009.

²¹ Art.92.4. del RD 2393/2004 de 30 de Diciembre de ejecución de la ley de Extranjería, teniendo en cuenta su última reforma en el 2009.

Haciendo alusión al planteamiento del trabajo y de mi propia tesis doctoral, a modo de ejemplo, y ubicando el análisis en el ámbito educativo, veremos que en el momento de ser considerados menores, automáticamente deberán ser matriculados en un centro escolar. Al ser menores de origen marroquí serán considerados inmigrantes y esto le condicionará a ir a un centro escolar determinado (aunque ninguna norma así lo especifique). En estos centros suelen concentrarse un número importante de niños del mismo lugar de procedencia convirtiéndose en ocasiones en guetos donde los padres/madres españoles no quieren llevar a sus hijos por la imagen cruel que se tiene de este colectivo. Y finalmente, si es considerado extranjero primará más el control de dichos flujos migratorios, llevando a cabo en muchos de los casos un retorno sin garantía, enmascarado por la necesidad que tiene el niño de crecer en el seno parental y encubierto por el principio de reagrupación familiar que prima en el territorio español. El problema, en muchas ocasiones, es que se realiza la repatriación, pero el menor no regresa a su hogar, sino que intentará una y otra vez volver a realizar el viaje hacia Europa, convirtiéndose en un circuito viciado por la sociedad donde el único realmente perjudicado es, en este caso, el menor marroquí no acompañado.

Es imprescindible empezar a reconocer que estos menores que emigran a España han de ser considerados antes que nada como personas sujetos de derecho, por lo tanto como menores desamparados necesitados de protección. La problemática especial que se plantea con el menor inmigrante extranjero, no debería existir, puesto que en el momento que es determinado su minoría de edad siempre prevalecerá dicho derecho, amparado por la ley y por encima de cualquier otra condición.

BIBLIOGRAFÍA

- APDHA (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía). (2006). *Menores extranjeros no acompañados en Andalucía*. Granada: APDHA.
- Bargach, A, Arce, E y Jiménez, M. (2005). El reto de los Menores e in(migrantes). *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 9, 250-251.
- Bastida, E. y Salamanca, R. (2001). Menores marroquíes no acompañados en Madrid. *Mugak*, 16, 7-12.
- Bravo, R. M. (2005). La situación de los menores no acompañados en España. Ponencia presentada en *Conferencia Regional sobre las Migraciones de los Menores No Acompañados: actuar de acuerdo con el Interés Superior del Menor*. Torremolinos, Málaga (España), 27 y 28 de octubre de 2005.
- Bueno, J. R. y Mestre, F. J. (2006). La protección de menores migrantes no acompañados: un modelo de intervención social. *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, 14, 155-170.
- Capdevilla, M. y Ferrer, M. (2004). Estudios sobre los menores extranjeros que llegan solos a Cataluña. *Revista Migraciones*, 16, 121-156.
- Durán, F. (2007). Las Administraciones Públicas ante los Menores Extranjeros No Acompañados: Entre la Represión y la Protección. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de Granada*.
- Emn. (2009). *La política de Acogida, Repatriación y Acuerdos para la integración de los Menores Extranjeros no Acompañados*. Madrid: Red Europea de Migraciones. Gobierno de España, Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- Gabriela, S. (2007). *La construcción social de un nuevo sujeto Migratorio: los menores migrantes Marroquíes no acompañados*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Gallego, V, Martínez, J.J, Ortiz, A, Pastor, M, Pérez, I y Valero, M. (2006). La integración social de los menores inmigrantes no acompañados: nuevos retos en la comunidad de Madrid. *Acciones e investigaciones sociales*, 1 (Extra).
- Granados, A. (2004). El tratamiento de la inmigración en la prensa española. En *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Madrid: Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos.
- Gude, A. y López, M. B. (2009). La protección jurídica de los menores no acompañados en el ordenamiento jurídico autonómico. El caso de Galicia. Comunicación presentada en el *Congreso VIII de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Madrid 22-23 de enero de 2009.
- Iglesias, J. (2009). Barca y Bazarkh: la migración Internacional de Menores Inmigrantes no Acompañados de origen Subsahariano hacia las islas Canarias. *Miscelánea Comillas*, 67 (130), 217-234.
- Jiménez, M. (2005). *La migración de los menores en Marruecos. Reflexiones desde la frontera sur de Europa*. Madrid: Akal.
- Lázaro, I. (2007). Menores Extranjeros No Acompañados. La Situación en España. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 19 (X), 151.
- López, A. (2008). Problemática Jurídica de los Menores Extranjeros No Acompañados. *Revista de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, X, 1-35.
- Murrillas, J.M. (2006). Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante. *Revista Jurídica Española La Ley*, (7), 2002-1814.
- Pimienta, R. y Vera, M. (2009). Estimación de los movimientos migratorios internos. Recuperado el 12/06/2009, de <http://www.cmq.edu.mx/docinvest/document/DI35153.pdf>

- Ramírez, A. y Jiménez, M. (2005). *Las otras migraciones. La emigración de menores marroquíes no acompañados a España*. Madrid: Akal.
- Rodríguez García de Cortázar, A. (2008). Reacciones y relaciones de menores y jóvenes marroquíes ante la protección y la exclusión. *e-migrinter*, 2, 153-162.
- Ruiz, A (2004). Los Problemas Jurídicos de Repatriación y la Expulsión de los Menores Extranjeros. *Actas del 4º Congreso de la Inmigración Extranjera en España*. Gerona: Universidad de Gerona.
- Salvador, A. (2010, noviembre). Menores Migrantes sin Referentes Familiares. Intervención socioeducativa e intercultural. *Informe-Propuesta curso Mina impartido por el grupo de investigación "Investigación y Desarrollo Educativo de la Orientación" (IDEO)*. Documento no publicado.
- Sánchez Bursón. (2001). La atención de los menores extranjeros no acompañados en Andalucía. En AAW. *Menores extranjeros no acompañados. Seminario europeo (AAW) UNAF*. Madrid: UNAF.
- Santona, V. y Konrad, M. (2002). Por qué vienen pero luego no se quedan los menores migrantes marroquíes no acompañados. *Cuadernos de Geografía*, 72, 307-320.
- Save The Children. (2005). *Seminario: La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros no Acompañados*. Recuperado el 29/08/2009, de <http://www.savethechildren.es>.
- Uroz, J. (2009). Los Derechos y la situación de la infancia en el marco de la declaración de los derechos humanos. *Miscelánea Comillas: Revista de teología y ciencias humanas*, 67, 157-174.
- WAA. (2004). Conclusiones del Seminario Europeo "Menores migrantes no Acompañados en Europa", celebrado en Barcelona del 12 al 14 de mayo de 2004.