

UNIVERSIDAD DE GINEBRA
CERTIFICADO DE ESTUDIOS AVANZADOS EN JUSTICIA JUVENIL



***“COMPARATIVA Y ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA NORMATIVA DE
CONCEPTOS RELACIONADOS CON LOS MIGRANTES”***

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS PRESENTADO POR:

LAURA PAJARES GARCÍA

TUTORA:

VIRGINIA DOMINGO DE LA FUENTE

Madrid, a 19 de septiembre de 2018.

RESUMEN:

El fenómeno migratorio se ha incrementado en las últimas décadas, como consecuencia directa de las desigualdades económicas, sociales y los conflictos políticos armados. Si en un inicio la migración la protagonizaba el hombre, cabeza de familia, para buscar oportunidades y mejoras económicas que remitían a sus familias que permanecían en el país de origen, en los últimos años esa tendencia varió, ya que no sólo buscaban mejoras económicas, sino que se marchaban de sus países huyendo de conflictos armados o buscando oportunidades que en sus países no podían lograr ni desarrollar sus derechos, ya que los mismos se veían vulnerados. Esto provocó que comenzara a ampliarse el sujeto que migraba, y aumentando la tendencia de menores que se desplazaban de sus países de origen, acompañados o solos. Ese cambio en la migración debe también provocar un cambio en las políticas migratorias, teniendo en cuenta la situación especial de vulnerabilidad de los menores, y tomando en consideración la cuestión de género. Este trabajo pretende visibilizar la situación y la intervención que se realiza con esos menores, comparándola con otros países, y encontrar alternativas a las mismas desde el punto de vista de Justicia Restaurativa, que mejoren una situación que seguirá en aumento y que por tanto no podemos dejar de lado.

ABSTRACT:

The phenomenon of migration has increased during the recent decades, as a direct consequence of economic and social inequalities as well as armed political conflicts. While initially this migration was carried out by the man, head of the family, with the objective of looking for opportunities and economic improvements for their families who were left behind, in the last years this tendency has varied, as not only were they looking for economic improvements, but they left their countries fleeing armed conflicts or in search of opportunities and rights that were unreachable in their countries. This caused the migrating subject to expand, including the number of minors, accompanied or alone. This change in migration should lead to a change in migration policies, taking into account the special situation of vulnerability minors are in, and taking into consideration the gender issue. This paper aims to, on the one hand, visualize this situation and the intervention that is carried out with the affected children, comparing it with other countries, and on the other hand, find alternatives from the point of view of Restorative Justice to improve a situation that will continue to increase and therefore cannot be set aside.

ÍNDICE:

Resumen.....Página 2

Introducción.

- Conceptos teóricos relacionados con menores migrantes y normativa.....Página 4

Resultados.

- Análisis de la situación de los menores migrantes en España.....Página 8
- Comparativa con otros países.....Página 14

Conclusiones

- Problemática en el tratamiento de los migrantes y análisis desde el punto de vista de la Justicia Restaurativa.....Página 18

Bibliografía.....Página 20

INTRODUCCIÓN

CONCEPTOS TEÓRICOS RELACIONADOS CON MENORES MIGRANTES Y NORMATIVA

Antes de adentrarnos en la normativa relacionada con menores migrantes, debemos determinar qué son menores migrantes, para ello hay que tener en cuenta la condición de minoría de edad y la condición de extranjero. La definición de la población de menores migrantes no acompañados se describe en la Resolución del Consejo de Europa del 26 de junio de 1997: «menores de 18 años, nacionales de terceros países, que llegan a territorio español acompañados o sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto no se encuentran efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable». Partiendo de esta definición y de la asunción de los principios de Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, así como de lo establecido por las leyes nacionales de protección a la infancia, la llegada de un menor migrante no acompañado a cualquier territorio del Estado español supone la asunción de su tutela por parte de las autoridades locales, responsables de la protección a la infancia en cada territorio. Por migrante por tanto se entiende, una persona que se está moviendo bien cruzando fronteras, bien dentro de un país de origen, sin importar si el movimiento es voluntario o involuntario, e independientemente de la duración del mismo.

Distinta definición se establece para los refugiados, que en el Artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 refiere *“se aplicará el término a toda persona que, debido a fundados temores de que será perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social y opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de origen y no pueda, o por esos temores no quiera, acogerse a la protección de ese país”*. Serán solicitantes de asilo aquellos que pidan refugio debido a esa persecución.¹

Dentro de lo que entendemos por migrantes, también se encuentran personas desplazadas internamente, han huido de sus hogares pero no han cruzado a otro país.

Centrándonos en la figura del niño, encontramos menores no acompañados y menores separados. Los menores no acompañados (conocidos como MENA) son niños separados de ambos padres que tampoco están bajo el cuidado de un adulto legalmente responsable; y un

¹ La declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 contiene una definición más amplia por lo que el marco de protección es más amplio.

niño separado lo está de sus padres o de su tutor legal, pero no necesariamente de otros miembros de la familia.

Una vez identificados los conceptos relacionados con la materia, vamos a profundizar en la situación jurídica de estos menores migrantes. En lo relativo a la migración confluyen normas de distinto tipo: internacionales y nacionales, administrativas, civiles, y en el caso de España por la configuración de las autonomías, también normas estatales y normas autonómicas. Los niños tienen derecho a una protección integral reflejado en el conjunto de normas internacionales.

La norma internacional más significativa e importante en materia de menores, y en consecuencia de menores migrantes, es la Convención de Derechos del Niño de 1989. España la ratificó en 1990 y por tanto debe aplicarse en los Estados parte, y más teniendo en cuenta el artículo 39 de la Constitución Española, que establece en el apartado cuarto *“los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados Internacionales”*.

Los derechos recogidos en la Convención de Derechos del Niño (CDN) deben aplicarse a todos los menores sin excepción, por lo que los migrantes no deben ser discriminados por esa cuestión (Flores,2018). Y así en base al cumplimiento del principio de no discriminación recogido en la misma en su artículo 2 *“los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento, o cualquier otra condición del niño, sus padres o representantes legales”*.

Otro de los principios recogidos en la CDN en su artículo 3, es el principio de interés superior del niño. Principio fundamental y que debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar cualquier cuestión relacionada con menores. El artículo 3.1 la CDN dispone *“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”*. En la aplicación de normativa relacionada con migrantes en España, tiene un papel fundamental la cuestión del interés superior del menor, que abordaremos en el apartado *“Análisis de la situación de los menores migrantes en España”* del presente Trabajo.

Podemos nombrar además la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada el 18 de julio de 1992, o el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996, que también hacen mención al interés superior del niño como fundamento de cualquier decisión que se adopte sobre los menores, ya sean de tipo judicial, social, legislativo... y teniendo en

cuenta además que debe aplicarse ese principio con independencia de la nacionalidad del menor (Flores,2018).

Debe hacerse mención también a la Convención de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, adoptada por resolución de la Asamblea General 45/158 de 18 de diciembre de 1990, ya que regula por primera vez los derechos de todo trabajador migrante al margen de la circunstancia de la minoría de edad, ya que había un vacío legal en los casos de menores migrantes no acompañados que ingresan en un territorio irregularmente con el objetivo de trabajar. Sin embargo, la aplicación real del mismo es escasa, ya que sólo ha sido ratificado por 51 países, en comparación con los 196 que han ratificado la Convención de Derechos del Niño.

Hay que tener en cuenta además la declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes, adoptada por la Asamblea general en septiembre de 2016, que viene a reafirmar la Declaración Universal de Derechos Humanos y a recordar los principales tratados internacionales, así en su sección 5 establece *“reafirmamos y protegemos los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes, independientemente de su condición, todos son titulares de derechos”*.

Para implementar los derechos que se reflejan, se quiere llegar a Pactos Mundiales sobre migración segura y regular, y sobre refugiados; El 31 de enero de 2018 se ha publicado el borrador sobre Refugiados, que debe adoptarse por la Asamblea General en septiembre de 2018; y en febrero de 2018 se publicaba el Pacto sobre migración segura, que debe adoptarse en diciembre de 2018. Deben ofrecerse directrices para los Estados Partes para el desarrollo de políticas migratorias o de la infancia, para que todos respeten sin excepción los derechos reconocidos internacionalmente para los migrantes y en especial para los que tienen la condición de menores.

En el caso del Estado español, la normativa que afecta a menores migrantes sería:

- Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor
- Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social
- Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 antes mencionada tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009

Hay que tener en cuenta por tanto la condición de menor de edad y la de migrantes. En cuanto a la minoría de edad, los menores migrantes están protegidos por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de

Enjuiciamiento Civil. En el artículo 1 delimita que la aplicación de la ley será para los menores de 18 años en territorio español, y el artículo 2 indica que para la aplicación de la ley se tendrá en cuenta el interés superior del menor. Por tanto los menores migrantes, con especial atención a los no acompañados, deben considerarse menores antes que inmigrantes, protegiendo a los mismos sin distinción o discriminación por nacionalidad (Flores, 2018).

En cuanto a la condición de migrantes, están sujetos a la Ley 4/2000 indicada, más conocida como Ley de Extranjería de 2000, en la que se establece un régimen jurídico específico.

Posteriormente la Ley 26/2015 de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, refiere expresamente la situación de los menores migrantes no acompañados (MENAS)

Hay regulación internacional y nacional relativa a menores migrantes, que reconocen los derechos de los mismos sin distinción, lo que se contrapone con los intereses de los Estados por seguridad en las fronteras y control de flujos migratorios, por lo que en la aplicación práctica de la normativa se producen vulneraciones de derechos.

RESULTADOS

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES EN ESPAÑA

Según hemos podido comprobar en el apartado anterior, se dispone de normativa internacional que protege a los menores migrantes, y que manifiesta la necesidad de respetar el principio de interés superior del niño; por tanto los estados que ratifiquen dicha normativa deben cumplirla y respetar los derechos integrados. Sin embargo en la realidad, la aplicación de dichas normas, tiende a ser limitada en los Estados europeos, sobre todo en lo que concierne a los menores no acompañados, que deberían ser los más protegidos por su situación de vulnerabilidad, y por ejemplo disponen de reservas de aplicación de los derechos que se les reconocen en la Convención de Derechos del Niño, o interpretan los derechos y principios recogidos en la Convención dando más importancia a unos que a otros, como sucede en España, ya que interpreta que la forma de cumplir con el interés superior del niño es la de la repatriación forzosa. En este caso imponen el derecho a la unidad familiar que también se recoge en la Convención por encima de otros como es escuchar al menor o valorar los derechos a los que podría acceder que no estén disponibles en su lugar de origen. Esto sucede por una falta de concreción jurídica entre otras cuestiones, ya que en el caso que indicamos sobre el artículo 3 sobre interés superior del niño, la indeterminación a la hora de definirlo provoca una interpretación instrumentalizada de la Convención.

Por ello, el Comité de Derechos del Niño en su Observación General número 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, intenta garantizar que los Estados parte de la Convención “*den efectos al interés superior del niño y lo respeten*”. El Comité establece los elementos que deben tenerse en cuenta cuando el interés superior del niño se contrapone con otro derecho recogido en la Convención, y esos elementos son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones, cuidado, protección y seguridad, situación de vulnerabilidad, derecho a la salud y derecho a la educación. Por tanto debe analizarse cada caso en particular, y antes de producirse la repatriación forzosa aduciendo al interés superior consecuencia de la unidad familiar, debe escucharse al niño y en el caso de menores no acompañados tener en cuenta la situación de vulnerabilidad.

También se refleja en la Observación General número 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, donde se refleja también que el interés superior del niño es el principio primordial a la hora de buscar soluciones a la situación de esos menores, así lo refleja en el párrafo 19, indicando que dicho principio ha de

respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento. Y además habla explícitamente en el párrafo 26 del respeto del principio de no devolución del menor cuando haya motivos racionales para pensar que existe un peligro para el menor en el país al que se le quiere trasladar.; o en el párrafo 84 sobre el retorno al país de origen, indicando que no se considerará hacerlo cuando haya un riesgo razonable de que se violen derechos humanos fundamentales del menor, y sólo podrá realizarse en aras del interés superior del niño; para determinarlo se establecen varios criterios:

“la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas que encontrará el niño a su regreso

La existencia de mecanismos para la atención individual

Las opiniones del menor, así como de las personas que le atienden.

El nivel de integración del menor en el país de acogida y el periodo de ausencia en el país de origen

El derecho del menor a preservar su identidad

La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño.”

Además preocupa la situación de los menores que llegan a España (que aumenta cada día, y sobre todo el porcentaje de menores no acompañados, ya que solo en 2017 fueron alrededor de 2.500 los menores no acompañados que llegaron al territorio, aumentando en más del 60% en comparación con el año anterior), porque no sólo son habituales las devoluciones en caliente, sino también las pruebas ineficaces de verificación de menores que provocan que los mismos sean tratados como adultos, además de la saturación de los centros y las situaciones violentas que deben vivir los menores. Esta desprotección a la que se enfrentan tiene lugar antes, durante, y después de acceder al sistema de protección, por lo que es fundamental detectar los perfiles más vulnerables, como es el caso de los menores, y determinar su edad real. En España esa determinación de la edad vulnera derechos como la presunción de minoría de edad para evitar el trato como adultos a niños, el derecho a asistencia jurídica de los menores, o el derecho a ser informado y escuchado.

Una vez determinada la minoría de edad del menor no acompañado entra en el sistema de protección, y en España el paso posterior es decidir si se incoa o no el procedimiento de repatriación, ya que de ello dependerá que siga en el sistema de protección de menores o no. La situación jurídica de los menores no acompañados se regula en el artículo 35 de la Ley de Extranjería de 2000 a la que ya nos habíamos referido en el apartado anterior para establecer el régimen jurídico de los migrantes y la repatriación se regula en el artículo 35.5 que establece *“La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares*

del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.”. De dicho artículo se puede extraer que el procedimiento es competencia de la Administración del Estado que es el que determina si se dan las circunstancias necesarias para la repatriación, además se puede deducir del artículo que la finalidad es la repatriación, aunque puntualiza que debe ser acorde al interés superior, prioriza la repatriación ya sea mediante la reagrupación familiar, o entregándolo a los servicios de protección pero de su país de origen. También indica el artículo que el menor debe ser escuchado, pero puntualiza que será si tiene suficiente juicio, lo que no queda claramente determinado.

Además de la Ley de Extranjería, este procedimiento se regula, ya de manera más pormenorizada, en el Reglamento de extranjería de 2011. En su artículo 191 habla de esa información previa que requería el art. 35.5 de la Ley de Extranjería, dicho informe se solicita a la representación diplomática del país de origen y a la entidad que tenga la tutela legal en ese momento.

El artículo 192 del Reglamento, recoge el inicio del procedimiento, indicando que será el Delegado o Subdelegado de Gobierno el que incoe el procedimiento del menor cuando según los informes recibidos se respete el interés superior del menor con la reagrupación o puesta a disposición de los servicios de protección del país de origen; si se acuerda el inicio del procedimiento, se notificará al menor de tal situación, así como al Ministerio Fiscal (ya que en España tiene un papel fundamental en todo lo relacionado con menores), y a la entidad que ostente la tutela legal en ese momento. Frente a esa decisión el menor, y también el Ministerio Fiscal y la entidad que ejercen la tutela, pueden presentar alegaciones según lo establecido en el artículo 193. En el caso de la entidad que tutela podrá presentar alegaciones como representante cuando el menor tenga menos de dieciséis años, a no ser que el menor manifieste una voluntad contraria a la de la entidad. Esta última posibilidad se introdujo tras crear jurisprudencia la sentencia del Tribunal Constitucional 184/2008 de 22 de diciembre de 2008, en la cual se suspendía la repatriación de un menor por entenderse que se había vulnerado la tutela judicial efectiva por un conflicto de intereses entre lo que habían indicado los que ejercían la tutela, y lo manifestado por el menor. Una vez finalizado el plazo de

alegaciones, se hará efectivo el derecho a ser escuchado del menor, y el Delegado o Subdelegado decidirá sobre la repatriación de acuerdo con el interés superior del menor. En este sentido hemos retrocedido, ya que el Reglamento de 2011 simplemente indica que el procedimiento se hará conforme al interés superior, lo que ya hemos indicado que es muy relativo; sin embargo el reglamento anterior, el Reglamento de extranjería 864/2001 por lo menos establecía dos requisitos para la repatriación, uno que se hubiera localizado a la familia del menor o a los servicios de protección del país de origen donde fuese a ser enviado, y otro la confirmación de que esa devolución al país de origen no supondría un riesgo para la integridad del menor o su persecución en el país de origen. Aunque sí se recoge algo similar en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, Art. 19.5 bis “en el caso de los menores extranjeros no acompañados, se procurará la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente siempre que se estime que dicha medida responde a su interés superior y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en peligro su seguridad. En la práctica lo indicado es muy complicado, por las dificultades que se encuentran a la hora de localizar a la familia del menor, lo que da lugar a devoluciones irregulares que ponen en riesgo el desarrollo y la integridad de esos menores. También se producen repatriaciones forzosas sin haber cumplido con el derecho a ser escuchados que establece la normativa internacional y nacional, por lo que se les devuelve a su país de origen sin tener en cuenta la opinión del niño ni sus explicaciones acerca del motivo de su salida del país; así se recoge en el Informe de la Organización Save de Children de 2016 en el que denuncia la falta de herramientas que tienen los menores no acompañados para hacerse escuchar. Además denuncian en su informe, que en determinados lugares los Servicios de Protección de Menores que son los que deben emitir el informe de manera previa al inicio del procedimiento sobre la pertinencia de la repatriación teniendo en cuenta el interés superior, se obliga a los funcionarios a establecer informes favorables a la repatriación. Podemos resumir nuestra normativa indicando que prevalece la repatriación, aunque con el límite del interés superior del menor. Además podemos concluir señalando los problemas con los que se encuentran una vez que reciben la primera asistencia humanitaria y sanitaria por parte de Cruz Roja cuando llegan a nuestro país:

- Peligro de ser detenidos o expulsados nada más llegar al país de acogida. Aunque las normas internacionales establecen que si son menores no acompañados no se puede denegar el acceso ni proceder a la devolución en ese mismo momento.
- Poca fiabilidad de las pruebas para comprobar la edad, lo que afectará a todo el proceso por ser tratado como mayor o menor de edad.

- Retraso en la asignación de un representante o tutor. Ello deriva en que el menor no tiene la información suficiente o no entiende lo que ocurre, además de que no puede imponer su opinión.
- Falta de adecuación e integración, por lo que muchas veces los menores prefieren estar fuera de los centros de menores por falta de oportunidades tanto a nivel de educación como de empleo.
- Además dependiendo del lugar donde lleguen, el abogado que les toque, el juzgado con competencia, variarán las opciones de los migrantes para acceder a una representación especializada en Extranjería o para solicitar asilo, ya que hay descoordinación en las distintas costas españolas. Para evitar esto, Acnur presentó una propuesta para coordinar a las diferentes instituciones implicadas.

En caso de que no se produzca la repatriación se otorgará al menor una autorización de residencia, un procedimiento que suele alargarse en el tiempo y que perjudica a los menores, sobre todo los que están cercanos a la mayoría de edad, que en caso de no resolverse antes pasarían a una situación de irregularidad. Si se da la circunstancia de que no se consiga contactar con la familia del menor en el país de origen en nueve meses o los centros de protección del país de origen no les acojan, se le debe otorgar el permiso de residencia.²

En cuanto de la Comunidad de Madrid, uno de los recursos que dan respuesta a las necesidades de acogimiento residencial de los menores que se encuentran en situación de riesgo o desamparo, o bien a la espera de resolución de repatriación, son los CACYS (Centro de Adaptación Cultural y Social) que dependen de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, y son gestionados por el Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF). Los CACYS forman parte del conjunto de recursos que dan respuesta a las necesidades de acogimiento residencial de los menores que se encuentran en situación de riesgo o desamparo en la Comunidad de Madrid. Este conjunto de recursos es denominado *Red de Centros de Protección*, todos estos recursos comparten un encuadre reglado a través del “Estatuto de Residencias de Atención a la Infancia y Adolescencia” (Decreto 88/1988, de 21 de mayo).

Los CACYS nacen del desarrollo de Proyectos específicos en las Residencias de “Manzanares” y “Vista Alegre”, que atienden a los menores extranjeros sin acompañar que llegan a la Comunidad de Madrid. Estas dos Residencias de Menores pasan entonces a denominarse CACYS teniendo la labor específica de atención a estos menores extranjeros

² Véase Save The Children *Los más solos* 2018

durante un tiempo de estancia que permita una identificación correcta de su identidad y situación, el conocimiento de su situación legal y la mejora de su adaptación a nuestro entorno social. Los menores son derivados de los Centros de Acogida de Urgencia donde se realiza un estudio valorativo de la situación y proponen a la Comisión de Tutela la medida más adecuada. Este recurso se concibe, por tanto, como una continuidad de los Centros de Primera Acogida de Urgencia citados anteriormente.

Tras la superación de las tres fases que se proponen en el proyecto de los CACYS que son acogida, estancia y autonomía, se plantea en la mayoría de los casos el traslado a otro recurso de la Red de Protección, dependiendo de las características y edad del menor:

- Residencias infantiles (4-18 años)
Residencias Infantiles de Distrito o Territoriales, establecidas en los distintos distritos de la capital y en los distintos municipios de Madrid. Prestan servicio de protección y atención socioeducativa a la infancia y a la adolescencia y suplen, transitoria y temporalmente, al medio familiar.

- Recursos de Adolescentes (15-18 años)
Acogen adolescentes en tanto adquieren la formación personal necesaria para lograr su autonomía e incorporación social. Se trata de pisos que cuentan con programas especiales de apoyo y preparativos, encaminados hacia la inserción socio-laboral de los menores protegidos. Con el fin último de la consecución de su autonomía e independencia.

- Hogares (4-18 años)
Acogen a niños/as y adolescentes para los que se prevé una estancia de mayor duración y para quienes se han ido dificultando las posibilidades de retornar a su familia u otras alternativas como el acogimiento familiar. Son centros de pequeño tamaño, normalmente viviendas vecinales, que se asemejan por su estructura a un ambiente familiar.

O se puede plantear también el Acogimiento Familiar con Familia Extensa o alternativa.

El número de menores migrantes va a continuar en aumento, por lo que debe adaptarse la legislación española a las circunstancias para cumplir con los estándares internacionales y dar soluciones adecuadas. Por ejemplo Save de Children propone un sistema que se base en la acogida familiar para los migrantes menores de edad que llegan a nuestro país solos; fomentar el acogimiento familiar supone una garantía para el correcto desarrollo y bienestar de dichos menores, además de evitar la masificación de los centros que se está produciendo actualmente.

COMPARATIVA CON OTROS PAÍSES

Tras analizar la situación de los menores migrantes en España, vamos a proceder a valorar la situación en otros países para poder comparar y ver los fallos o aciertos de otros sistemas.

Hay que tener en cuenta que España es un país de inmigración más o menos reciente, y que anteriormente no había sido país de asilo, lo mismo que sucede con **Italia**, que también se ha convertido en destino para esos migrantes. No los consideran solicitantes de asilo, sino que mantienen la tradición de considerarlos migrantes por motivos económicos. Al igual que en España, en Italia tienen una legislación sobre extranjería propia que combinan con la internacional; sin embargo según hemos podido ver en los últimos meses, la situación en Italia es cada vez de mayor desamparo y riesgo para esos migrantes, y no se están respetando los tratados internacionales. La mayoría de estos migrantes huyen de la persecución y la guerra en países como Siria, Eritrea, Afganistán y Sudán. En ocasiones se les trata como adultos sin respetar la normativa internacional, ya que al ser menores si solicitan asilo no pueden ser devueltos, al contrario que los adultos que sólo pueden solicitar asilo en el primer país europeo al que llegan. Para referirse a esos menores migrantes que llegan solos, Italia utiliza la misma denominación que España “menores extranjeros no acompañados”; en Italia se censa a los menores no acompañados en un organismo denominado *Comitato per le minori stranieri*, sin embargo muchos menores no llegan a ser controlados de manera institucional por lo que las cifras reflejadas en ese censo no serán reales, y la situación sería de mayor gravedad. Los casos de asilo en Italia, lo que se asemeja con España, son escasos. En relación al acceso de esos menores al sistema de protección pertinente (en España se produce una vez confirmada al minoría de edad), en Italia se realiza de forma automática una vez que se identifica la situación de abandono o desamparo del menor no acompañado, cuya competencia es del Juez de Tutelas y la Fiscalía de menores. Y aunque se contempla que la mejor medida es el acogimiento familiar, raramente se produce. Ese acceso al sistema de protección sin embargo es excepcional en la práctica, y lo más habitual como ocurre en España, es realizar repatriaciones forzosas.

Dejando ya el sur de Europa, vamos a pasar a analizar la situación en **Alemania** que tiene tradición como país receptor de menores solicitantes de asilo. El derecho de asilo se mantiene para los menores no acompañados, a los que denominan menores no acompañados solicitantes de asilo o menores no acompañados refugiados. El acceso al sistema de protección en Alemania es más limitado que en los casos anteriores, ya que en 1993 se reformó la normativa de asilo y aunque los menores de 16 años acceden al sistema de

protección una vez se registra su solicitud de asilo, los mayores de 16 años son considerados como adultos, lo que vulneraría las normas internacionales, y se les trasladaría a centros de acogida para solicitantes adultos; no obstante en 2005 se modificó la normativa equiparando a todos los menores por igual, aunque en la práctica no se está aplicando con generalidad. A diferencia de España cuyo pilar en política migratoria es la repatriación forzosa (bien para reunirse con su familia, bien para entregarlo a los servicios de protección del país de origen), en Alemania, como la mayoría de países europeos, no se contempla esta medida, sólo es posible si es voluntaria, o en el caso de que la solicitud de asilo tras tramitarse sea denegada, aunque en la práctica normalmente no se ejecutan hasta que cumplen la mayoría de edad. Parece que desde la reforma de 2005 se están preservando mejor los derechos de menores y se han suavizado las políticas, sin embargo como hemos indicado, en la práctica continúan vulnerándose derechos en especial de los menores no acompañados con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, al ser tratados como adultos en muchas ocasiones.

Si pasamos a analizar la situación de los menores migrantes no acompañados en **Francia** podemos comprobar que supone una excepción, ya que no tiene un tratamiento específico, sino que se les aplican los mismos recursos comunes que para el resto de menores en situación de vulnerabilidad. El acceso al sistema de protección en Francia es diferente al de los países vistos anteriormente, ya que depende de la decisión del Juez de menores cuando considera que el menor está en situación de peligro, aunque también existe una vía administrativa que es la que configuran mayoritariamente el resto de estados, para los casos de urgencia aunque igualmente deben ratificarse después por el Juez de menores. Francia intenta evitar que los menores no acompañados lleguen al territorio para evitar tener que aplicar ese acceso al sistema de protección, a través de controles fronterizos, no obstante una vez que han entrado en el territorio no contemplan la repatriación forzosa como España, a no ser que el Juez que valida el acceso a los servicios de protección así lo establezca pero siempre con el consentimiento de las partes. Sin embargo existe una excepción con Rumanía, por un acuerdo firmado por ambos países en 2003, donde Rumanía se comprometía a proteger a los menores de su nacionalidad devueltos por el Estado francés.

Por último vamos a analizar la situación de los menores migrantes en **Austria**. Todo lo relacionado con migrantes se encuentra regulado en la ley de extranjería de 1997, y la ley austriaca de asilo del mismo año. Se establece la posibilidad a los menores no acompañados de solicitar asilo, en el momento en el que son detenidos o interceptados en puestos fronterizos, no obstante la mayoría de solicitudes que se realizan ni siquiera son enviadas por

los oficiales fronterizos al órgano competente de resolver, la oficina federal de asilo. Cuando se les facilita el formulario de solicitud de asilo, a los menores ni siquiera se les asigna un representante de la institución de bienestar de la juventud que pueda ayudarle simplemente a rellenarlos. En el caso de que consigan entrar en el país, los menores irán directamente a la oficina federal de asilo a realizar la solicitud, y mientras ésta se tramita el menor será enviado a un centro de acogida y se informará al departamento de bienestar de la juventud, que serán los encargados de nombrar un representante legal. En los últimos años con los cambios de Gobierno en el país, las medidas se han endurecido; en 2017 se aceptó un proyecto de ley que permitía que las autoridades dejen de proporcionar alojamiento y comida a los solicitantes de asilo rechazados y que se niegan a abandonar el país. El proyecto de ley, es parte de una reforma más amplia de las leyes sobre extranjería en Austria, que incluye multas de hasta 5.000 euros y penas de prisión de tres semanas para aquellos inmigrantes que mientan sobre su identidad. Posteriormente en abril de 2018 el Gobierno adoptó una polémica serie de medidas que restringen los derechos de los inmigrantes y que contempla cobrar hasta 840 euros a los solicitantes de asilo para sufragar los trámites, el objetivo del gobierno austriaco es combatir la inmigración ilegal y el abuso de la condición de asilado. Además de la polémica medida de cobrar a los migrantes otra de las que se incluyen también polémica es la de poder revisar los teléfonos de los migrantes para comprobar que Austria es el primer país europeo al que llegan, ya que el asilo debe solicitarse en el primer país al que lleguen, excepto para los menores que la normativa internacional indica que pueden realizarlo indiferentemente. Estas medidas adoptadas por el Gobierno austriaco contradicen los derechos reconocidos en la normativa internacional.³

Vemos que la situación no es homogénea y la mayoría de los países antepone sus intereses nacionales dependiendo del Gobierno que esté en el poder, a respetar la normativa internacional que establece derechos humanos y derechos exclusivos para los menores.

A continuación podemos observar cuadro comparativo de la situación:

³ Vease Domingo, J.A “Menores, inmigrantes y refugiados: la situación en el Mediterráneo y Europa Central” 2004, para ampliar la información.

	España	Italia	Alemania	Francia	Austria
Perfil migrantes	Económicos	Económicos	Solicitantes asilo	Solicitantes asilo y económicos	Solicitantes asilo
Detención	No, aunque el tiempo de comprobación de edad se puede considerar detención	Posible según lo reflejado en su normativa	Sí en el aeropuerto	Sí, en el aeropuerto	Sí, en la frontera y aeropuerto
Acceso al sistema de protección	Una vez que se verifica la minoría d edad, acceden automáticamente	Automática una vez confirmada la situación de abandono, competencia del Juez de tutelas	Para los menores de 16 años, automática una vez registrada la solicitud de asilo, para los menores de 16 a 18 años en la práctica no contemplada	A diferencia del resto de países, el acceso se realiza por sistema judicial en su mayoría	Automática una vez que consiguen presentar la solicitud de asilo en la oficina federal de asilo
Repatriación	Forzosa, anteponen la reunificación familiar	Forzosa, caso similar al español	Voluntaria o una vez denegada la solicitud de asilo	Voluntaria excepto decisión judicial, o supuesto integrado en acuerdo con Rumanía	Automática, excepto si consiguen presentar la solicitud de asilo de forma oficial.

CONCLUSIONES

PROBLEMÁTICA EN EL TRATAMIENTO DE LOS MIGRANTES Y ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Tras analizar la sistemática en el tratamiento de los menores migrantes podemos atisbar carencias en todos los países tanto con tradición migratoria como sin ella. A pesar de que existe normativa internacional que refiere la materia y protege determinados derechos esenciales de los menores, en muchos supuestos no es clara y los países que la ratifican se valen de ello para anteponer sus intereses nacionales al cumplimiento de lo establecido internacionalmente.

Tomando de ejemplo los países analizados, se pueden sacar problemas comunes.

En primer lugar al no definirse claramente lo que supone el interés superior del menor, que debe regir cualquier decisión relacionada con los niños, encontramos que en cada País se considera ese interés superior de forma diferente; muchos entienden la reunificación familiar como pieza fundamental de ese interés superior, y la unión de la familia debería ser lo primordial, pero siempre teniendo en cuenta que todas las circunstancias y consecuencias que rodean esa decisión también suponen un beneficio para el menor y su desarrollo. Lo que no significa que la solución sea dejarlos en el país de destino como norma general, ya que en ocasiones aunque sigan políticas integrados pueden sufrir ansiedad por no saber qué les depara el futuro en un país que no conocen y en el que no tienen apoyo familiar o emocional. Las generalidades al tratar con niños no deben establecerse por norma, sino que debe atenderse a cada caso en particular y estudiarse las circunstancias que rodean al menor. Para ello es fundamental respetar otro derecho reconocido internacionalmente y que en muchos supuestos no se está cumpliendo, que es el derecho del niño a ser escuchado, sin ello no podremos saber qué es lo realmente adecuado para cada situación. Un reto fundamental para enfocar las políticas migratorias sería llegar a una definición común de lo que es el interés superior del niño, algo que es complicado y que debe apoyarse en el derecho a ser oído para saber lo que tiene que decir sobre su futuro y situación.

Otro de los problemas que puedo entrever de lo comentado en los apartados anteriores, es la falta de especialización de los agentes que tratan con los niños, desde el inicio hasta el final del procedimiento. Pongo de ejemplo el caso de los controles fronterizos austriacos, ya que esos agentes no tienen formación en materia de menores, y son precisamente de los que dependen para que llegue la solicitud de asilo al organismo competente para tramitarla. Sería adecuado que en todos los casos en los que haya un menor implicado se pase a gestionar por

personas con formación especializada, que sepan cómo dirigirse a ellos y la normativa que se debe respetar. Entenderlo como una colaboración entre las diferentes áreas implicadas Tratarles como niños, y no como adultos o como extranjeros, es también otra cuestión fundamental; la condición de niño debe primar sobre las demás. Deben homogeneizarse las legislaciones para que los derechos de los niños sean respetados en todos los países. En muchas ocasiones solo se tiene en cuenta su condición de extranjero por encima de que sea un niño, considerándolos una invasión sin tener en cuenta que llegan en busca de paz y desarrollo personal.

También se pone de manifiesto la falta de información que tienen esos menores migrantes a su llegada al país de destino, no saben qué les espera ni los pasos que tiene que dar. Debería haber una figura que a la llegada de los menores les informe claramente de la situación, que les apoye y les guíe, y que les explique sus derechos; sin información ni conocimiento los derechos son vulnerados con facilidad ya que los menores no saben a qué deben atenerse. Lo que lleva a que esos niños no tendrán nunca confianza en el sistema en el que se han visto involucrados, ya que verán la amenaza de la expulsión como única forma de relacionarse con ese sistema.

Los Estados deben priorizar el bienestar de los niños por encima de sus políticas.

Para enfocar de una forma más adecuada esas políticas migratorias y el trato con los menores, debería darse un enfoque restaurativo a las mismas. Ese enfoque restaurativo no sólo entendido de la manera general de Justicia restaurativa como proceso reparador entre víctima y niño en conflicto con la ley, o como alternativa a la privación de libertad, sino entendido como un proceso reparador para el desarrollo del menor.

Para ello los Estados deben orientar sus políticas de gestión de migración de menores hacia una desjudicialización, que los menores no se vean envueltos en procesos que no entienden, que se trate cada caso de forma individualizada sin necesidad de tratarlo de forma institucionalizada. Debe trabajarse por evitar la estigmatización que el trato actual hacia esos menores migrantes supone, ya que no les permitirá un desarrollo adecuado, que es lo que los organismos internacionales buscan y defienden con los derechos que se les reconocen. Trabajar de forma interdisciplinar con todos los actores implicados y no entender como víctima a la sociedad, sino a los menores que han tenido que desplazarse de sus países para buscar alternativas, o simplemente para mantenerse con vida.

BIBLIOGRAFIA

Carrasco, L. (21 de mayo de 2018) *Desde que los migrantes llegan a España hasta que cumplen los 18: Save The Children denuncia los fallos en el sistema de acogida*. Infolibre, (https://www.infolibre.es/noticias/politica/2018/05/21/menores_extranjeros_no_acompanados_save_the_children_83057_1012.html)

Domingo, J.A (2004) *Menores inmigrantes y refugiados: La situación en el Mediterráneo y Europa Central*. CEPS Projectes Socials.

Flores González, B. (2018) *La Protección Jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España* VOL V pp 321-362.

Goenechea Permisán, C. (2005) *Menores migrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad*. Universidad Complutense de Madrid.

González Córdoba, I. *Protección Jurídica del menor inmigrante*. Estudio 66/04

Observación General nº6 2006, trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Comité Derechos del Niño

Observación General nº14 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Comité Derechos del Niño.

Sanchez, G. (14 de junio de 2018) *Lo que pasa con los migrantes que vienen a España en patera si no son los rescatados del Aquarius*. EIDiario.es https://www.eldiario.es/desalambre/migrantes-vienen-Espana-rescatados-Aquarius_0_782172656.html