

ciimubarcelona

**Institut
d'infància
i món urbà**

**Els menors immigrants
del Carrer a Barcelona**
Eliseo Aja

Observatori

**de la infància
i la família**

col.lecció monogràfics

2

www.ciimu.org

© CIIMU, Barcelona, 2002

Edita: Institut d'Infància i Món Urbà

Pg. De Gràcia, 2 2-1

08007 Barcelona

Primera edició: Febrer 2002

Dipòsit legal: B.7043-2002

ISSN: 1579-2307

Reservats tots els drets.

No es permet la reproducció sense el permís de l'editor

PRESENTACIÓ

El fenomen de la immigració s'ha convertit en un dels punts més “calents” de la política social a Catalunya i a Espanya durant els últims anys. No ha estat així per la dimensió quantitativa del fet -hores d'ara el percentatge de població estrangera a Catalunya no supera el 2% de la població total- sinó per la dificultat d'articular dispositius d'integració social per a aquesta població, que presenta, cal dir-ho, problemàtiques socials i culturals noves en el nostre entorn.

Des de fa uns anys, podem constatar que una d'aquestes noves realitats és l'aparició als carrers de les nostres ciutats de joves estrangers - en la seva majoria d'origen marroquí i algerià- sense família coneguda al nostre país i menors d'edat . La presència d'aquests menors que deambulen i viuen al carrer, i que cometen petits robatoris i actes delictius, ha creat una creixent alarma social sense que les diferents Administracions hagin trobat fins al moment solucions massa efectives.

Òbviament, s'han articulat recursos i serveis per a atendre a aquests menors. Però, el problema no és senzill, i com succeeix en la majoria dels fenòmens socials, requereix ser abordat des d'una perspectiva integral capaç de fer front a les diferents dimensions – legal, laboral, educativa, sociosanitària, etc. – i això comporta la necessitat d'una intervenció coordinada de les diferents Administracions. Lluny d'això, amb massa freqüència, s'articulen solucions d'emergència de caràcter parcial i/o puntual; o es pensa que la solució vindrà de la mà de canvis administratius o legislatius¹. Conscient d'aquesta situació, l'Institut d'Infància i Món Urbà es va plantejar l'interès d'endegar un estudi que aprofundís en els aspectes jurídics del tema i pogués clarificar les limitacions i les possibilitats del marc legal actual, tant a nivell Internacional, com Estatal, Autonòmic i Local.

Altres estudis havien analitzat el fenomen des d'una vessant més sociològica. L'informe que ara us presentem, realitzat pel professor Eliseo Aja, aborda el problema de la situació dels menors estrangers immigrants en situació de desemparament, com ja hem dit, des d'una perspectiva jurídica, fet que constitueix per si mateix una aportació original i novedosa.

¹ Per exemple, en el moment en que es finalitzava aquest informe, el Govern de la Generalitat va presentar al Parlament el Projecte de Llei de modificació de la Llei 37/1991, del 30 de desembre sobre mesures de protecció als menors desemparats i de l'adopció i de regulació de l'atenció especial a l'adolescent en conflicte social, que es troba en situació de tramitació i que proposa mesures de privació de llibertat d'aquests menors.

De l'anàlisi legislatiu realitzat es deriven clarament els següents principis: la il·legalitat de l'expulsió d'aquests menors i l'obligació de l'Administració competent d'exercir la tutela de forma immediata.

Però, l'Informe va més enllà d'aquest pronunciament i proposa solucions que no són ni fàcils, ni estrictament jurídiques o judicials, ans al contrari, són propostes que s'endinsen en el terreny educatiu, laboral i social com a única via per aconseguir la integració d'aquests menors i per a la seva implementació reclama la intervenció coordinada de les diferents Administracions.

Carme Gómez-Granell
Directora
Institut d'Infància i Món Urbà

SUMARI

I. ANÀLISI DE LA SITUACIÓ ACTUAL.

1. Caràcters del fenomen.
2. Els mitjans actuals de la protecció de menors i de la justícia juvenil. Les diverses fases de tractament i els serveis existents.
3. Els problemes de la situació actual.

II. CRITERIS GENERALS PER A UN PROGRAMA SOBRE ELS MENORS IMMIGRANTS DESEMPARATS.

1. La Constitució i la protecció especial dels menors en el Dret Internacional.
2. Alguns principis generals de l'ordenament, especialment, l'interès superior del menor.
3. Els drets dels menors immigrants del carrer.

III. ELS PROBLEMES PRINCIPALS DEL RÈGIM JURÍDIC DELS MENORS IMMIGRANTS EN SITUACIÓ DE DESEMPARAMENT.

1. La declaració de desemparament dels menors i l'inici de la seva tutela per part de les Administracions autonòmiques.
2. El reconeixement de la residència legal dels menors tutelats i la possible inconstitucionalitat del termini de nou mesos per a la seva comunicació, introduït pel Reglament.

3. La inconstitucionalitat de la condició general d'haver intentat la repatriació com a condició general per a la residència del menor.
4. L'accés dels Menors Immigrants Desemparats al món laboral i els problemes per a l'obtenció del permís de treball.
5. El dret i l'obligació d'escolarització dels menors de 16 anys.
6. Les potestats de les Administracions Públiques sobre els menors. Especial consideració a les mesures restrictives de llibertat.
7. Altres qüestions.

IV. ALGUNES LÍNIES GENERALS PER A LA REFORMA DE L'ATENCIÓ ALS MENORS IMMIGRANTS DEL CARRER.

1. Una orientació general per a les reformes legals i les polítiques públiques destinades als menors immigrants.
2. Un programa d'atenció, formació i introducció al món laboral estructurat en circuits dissenyats d'acord amb les característiques dels diferents tipus de joves immigrants.
3. Un plantejament general per a les diferents administracions.
4. Les possibilitats de la Carta Municipal de Barcelona per a l'atenció coordinada dels menors immigrants en desemparament

I. ANÀLISI DE LA SITUACIÓ ACTUAL.

1. Caràcters del fenomen.

Ara fa tres anys, concretament a l'estiu de 1998, es va detectar a Barcelona i a Santa Coloma de Gramenet la presència d'un grup de joves estrangers --majoritàriament marroquins-- d'uns 200 o 300 individus, que no tenien familiars a Catalunya, passaven el dia al carrer, especialment a la part baixa de Les Rambles, vivien "*a salto de mata*", ocasionalment de petits robatoris, sovint consumien goma, i a vegades eren detinguts per robatori o altres delictes menors, tot i que també se'ls veia en relació amb bandes més organitzades de delinqüents. De seguida es va observar que es resistien a revelar la seva identitat o donaven referències falses i variables, fugien fàcilment dels centres d'acollida o on eren enviats i presentaven una gran mobilitat.

Des que va sortir a la llum pública la seva existència, les seves característiques han estat estudiades progressivament, no només per part dels mitjans de comunicació, sinó també per diferents informes d'institucions (de l'Ajuntament, la Generalitat, el Síndic de Greuges) i per diversos estudis de caràcter sociològic realitzats, amb caràcter més o menys acadèmic, per persones que han seguit molt de prop aquest nou fenomen social. Potser el més complet sigui l'impulsat per la Fundació Bofill, i coordinat per Marta COMAS, *L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya*, Barcelona, 2001, Finestra oberta, num. 19. En tot cas, el fenomen es coneix ja en els seus trets principals i no té interès fer una nova aproximació. Per això, em limitaré a recordar únicament aquells caràcters que tenen una repercussió directa en el seu tractament jurídic. També prescindiré d'altres notes sociològiques, i especialment de les causes primeres de la situació d'aquests joves sense família provinents de Marroc, que difereixen en els diversos estudis (famílies desestructurades, emigració del camp

a la ciutat i consegüent inadaptació, simple recerca d'un futur laboral millor...), tot i que tots coincideixen en què es tracta d'un fenomen que comparteix la imitació de la immigració dels més grans (possibilitat d'ajut econòmic a la família), la influència de les imatges televisives d'una Europa econòmicament seductora i un cert esperit d'aventura, molt propi de l'adolescència. En realitat, l'estudi d'aquestes causes seria molt important per tractar el fenomen en el seu origen, però si ens situem en la realitat de Barcelona, el fenomen adquireix connotacions específiques --a les quals ens referirem a continuació-- des de que els joves travessen l'Estret de Gibraltar i entren en contacte amb la nostra societat, cultura i sistema jurídic.

Per tot això, em limitaré a indicar sumàriament, els caràcters del fenomen dels menors immigrants del carrer de Barcelona (i Santa Coloma) que han de tenir-se en compte per al seu tractament jurídic.

- a) *La minoria d'edat.* La majoria dels joves tenen, en ser detectats a la primera vegada, entre 15 i 17 anys, però també se'n troben alguns amb menys anys. En ser menors, no poden ser expulsats ni condemnats a presó, ells són conscients d'aquests avantatges respecte els adults, i per això mateix temen la majoria d'edat i sempre s'afirmen menors.

- b) *Absència absoluta de familiars i de models adults i creació de relacions grupals entre els joves.* La manca de família que proporcioni una mínima protecció i inclús de referents adults que els serveixin de mínima pauta d'actuació, és decisiva per a entendre els riscos de caure en la delinqüència, la drogadicció, la prostitució.... Aquesta situació d'aïllament dels menors condueix a la creació de relacions grupals fortes entre ells, cosa que ha de prendre's en compte en els diversos sentits, tant per entendre el perill de ser arrossegats a la delinqüència com per afavorir la seva reeducació.

- c) *Estada irregular i manca de documentació.* La seva entrada en el país es produeix de forma il·legal (amagats en camions i vaixells) i la seva estada és totalment irregular fins que no reben l'empara de l'Administració. A més, la majoria no només no disposa de documentació de cap tipus, sinó que és refractària a documentar-se, per tal d'evitar eventuais detencions i expulsions. En canvi, si es pretén actuar amb una mínima eficàcia, la seva mobilitat exigeix a les Administracions la seva documentació
- d) *Frustració del projecte migratori original i dilema jurídic-laboral.* La raó primera d'abandonar Marroc per treballar a Europa i enviar diners a casa es revela impossible molt aviat, bé perquè, en ser menors de 16 anys, estan obligats a seguir estudiant i tenen prohibit de treballar, bé perquè inclús estant entre els 16 i els 18 anys, l'obtenció del permís de treball i residència és molt difícil, gairebé impossible, en les seves condicions. En ambdós casos, es produeix un xoc cultural fort entre els propòsits inicials i la realitat amb què es troben, i poc a poc s'oblida l'objectiu inicial.
- e) *Mobilitat i resistència a ser atès per la protecció de menors.* S'ha comprovat la facilitat amb la qual travessen l'Estret i les altres fronteres, així com la seva mobilitat, passant un dia per Granada, un altre per Madrid o Barcelona i un altre per Marsella o Amsterdam. Comencen així un itinerari que pot passar, segons els casos, per freqüentar locals socials de ciutats de diversos països, però sense sotmetre's gairebé mai als serveis sistemàtics de formació o reeducació que existeixen per als joves europeus amb problemes socials.

f) *Diferents grups segons el seu grau de conflictivitat social.* Lògicament, existeixen situacions dels joves força diverses, no només pel seu punt de partida (projecte migratori consentit per la família o manca total de família, grau d'escolarització rebuda...), sinó també segons la seva edat i experiència de vida en el carrer. Conseqüentment, sense entrar encara en les alternatives, podem fàcilment intuir que les solucions han de ser molt diferents pels menors malmesos socialment, que cerquen sobretot papers que els permetin quedar-se i un treball que els permeti de viure i enviar alguns diners a la seva família (cosa que podria aconseguir sota la tutela de l'Administració en un sistema de règim obert semblant a l'utilitzat per als nacionals, introduint-hi algunes variants) i per als més malejats que han entrat en una dinàmica delictiva necessitada de reeducació obligatòria, potser en centres tancats o semi-oberts amb formació professional obligatòria, que els col·loqui en condicions mínimes per poder treballar. A més, hi ha els casos necessitats de tractament mèdic, més o menys perllongat, o que s'ha de prestar també en condicions hospitalàries adequades.

g) *La necessària intervenció i coordinació de totes les Administracions.* Tot i que no és una nota del fenomen dels menors immigrants, no hi ha dubte que aquest afecta totes les Administracions (estatal, autonòmica i municipal) i que sense un alt grau de coordinació entre elles qualsevol pla d'actuació pot quedar en paper mullat.

La necessitat de referir-se contínuament als joves que participen en aquest fenomen social condueix de manera natural a l'ús de sigles; una part dels estudis existents han denominat al fenomen que estudiem "Menors Estrangers Immigrants No Acompanyats" (MEINA), atenent especialment els primers

caràcters que he assenyalat, però és més fàcil referir-s'hi, i així ho faré normalment, a "Menors Immigrants en Desemparament" (MID), perquè aquesta situació de desemparament és més rellevant des d'un punt de vista jurídic.

2. Els mitjans actuals de la protecció de menors i de la justícia juvenil. Les diverses fases de tractament i els serveis existents.

A. Primeres reaccions davant el fenomen.

Inicialment, les autoritats municipals i autonòmiques ("protecció de menors" és competència exclusiva de la Generalitat) semblaren desconcertades davant el nou fenomen, però poc a poc el van anar encarant, posant en comú algunes iniciatives, tant públiques com privades, fins al punt que ben aviat es va signar un conveni interadministratiu per al seu tractament.

El sistema existent de protecció de menors no estava preparat per acollir als MID i només sobre la marxa s'han anat creant instruments per fer front a les necessitats més urgents: L'Ajuntament ha organitzat un grup amb uns quants educadors de carrer per detectar els joves i canalitzar-los cap als diferents serveis, la Generalitat ha realitzat convenis amb entitats privades perquè aquestes obrin i sostinguin centres de dia que atenguin les seves necessitats elementals d'alimentació i higiene, ha creat nous serveis d'identificació, assessorament i diagnòstic adaptats al fenomen, etc. Al mateix temps, s'han donat tímids passos en la coordinació entre Administracions i de contacte amb les institucions del país d'origen. Però aquestes iniciatives s'inclouen en els serveis tradicionals d'atenció als menors desemparats o en risc social del país, i no existeix un pla global de tractament dels MID.

B. El procés legal, en general

La presència de MID als carrers de la ciutat és detectada per l'Administració Pública quan acudeixen per voluntat pròpia a algun dels Centres d'estada limitada o als Centres oberts d'acollida (p. ex.: Casal d'Infants del Raval o Centre obert Joan Salvador Gavina), o quan la policia, el Ministeri Fiscal o les instàncies judicials, d'ofici o per denúncia, tenen coneixement de la seva situació; o quan un dels Equips Bàsics d'Atenció Primària té coneixement de l'existència d'aquest menor i contacta amb ell. L'únic mecanisme específic de recerca i contacte precoç amb aquests menors són els educadors del carrer (educadors d'Equips de Contacte i Detecció), no gaire nombrosos a Barcelona i organitzats per l'Ajuntament.

Un cop detectada l'existència d'un menor, tant si ha comès un delictes com si no ho ha fet, s'haurà de posar en coneixement del Ministeri Fiscal i iniciar el tràmit d'identificació i, en cas de dubte, de determinació de l'edat, per part de la Direcció General d'Atenció als Menors (DGAM), o de la policia en el supòsit de delictes. Al mateix temps, la llei exigeix l'atenció immediata per cobrir les necessitats bàsiques del menor detectat pels agents socials o policials, cosa que normalment es fa als centres d'urgències de menors (Roure, Lledoners), on seran coberts aquells aspectes més elementals i immediats de les seves necessitats, per exemple, l'allotjament i la manutenció. Un cop atesos, la DGAM procedirà a realitzar l'avaluació i diagnòstic de la situació del menor que es realitzarà pel propi Centre d'emergències, pel Centre d'Acollida i Diagnòstic on es troba el menor o pel Servei d'Assessorament Tècnic especialitzat en el diagnòstic dels Menors Immigrants Indocumentat (SATEMI). Un cop estudiat i analitzat el menor,

l'informe amb el seu diagnòstic haurà de contenir una proposta de mesura de protecció del menor.

Amb l'informe d'avaluació i la proposta de mesura de protecció del menor, en principi un menor immigrant del carrer, haurà de ser declarat en situació de desemparament per part de la DGAM, qui n'assumirà automàticament la tutela. Tot això, al marge del tràmit de repatriació del menor al seu país, contingut a l'art. 35 LODILE, al qual es farà referència més endavant. La intervenció protectora de la DGAM pot ser la d'assignar al menor a un Centre Residencial d'Acció Educativa (CRAE) o al Servei d'Atenció i Acollida Especialitzada per a Menors Immigrants no acompanyats (SAAEMI) o fins i tot la d'incloure al menor en algun programa d'acolliment familiar, més o menys específic, on s'inicia la tasca de protecció i tutela del menor.

Inclús en una exposició tan sintètica del procés legal que han de seguir aquests joves s'endevina que els problemes són de tipus molt diferents. Uns es refereixen a l'extensió i organització dels serveis, i semblen relativament fàcils de solucionar (almenys en teoria), tot i que precisen d'abundants recursos personals, materials i financers. Altres, afecten a la pròpia concepció de les tasques que corresponen a les Administracions --centrades entorn a la declaració de desemparament i tutela del jove per part de l'Administració-- i requereixen una anàlisi més detinguda a la llum de la Constitució, els Tractats internacionals i les lleis. Ara veurem els primers amb un major detall.

C. Les diverses fases i els serveis existents.

- a) *La detecció del menor en situació de* desemparament, en primer lloc, es farà per la policia en la majoria dels casos, bé per estar indocumentat o per ser sospitós de la comissió d'algun delicte (el 80% de les deteccions és realitzada per la policia, segons un informe de la pròpia DGAI de l'any 2000). En cas de detenció, intervindrà el Jutge i el Ministeri Fiscal l'enviarà a la protecció de menors, una vegada constatada aquesta condició.

També poden ser detectats pels Equips de Contacte i Detecció creats el 1989 per l'Ajuntament de Barcelona. Són educadors que treballen al carrer i intenten dirigir els menors als serveis adequats de la Generalitat, o, en el seu cas, cap als centres de dia perquè atenguin les seves necessitats mínimes. Els menors també podrien ser detectats pels Equips Bàsics d'Atenció Primària, òrgans de la Conselleria de Benestar Social a nivell municipal (són equips multiprofessionals integrats per un assistent o treballador social i un educador social), que després de les atencions elementals reenvien als joves a la protecció de menors.

Els Centres Oberts (són dos, el Casal dels Infants i Gavina) serveixen, a més de per detectar els menors, per proporcionar-los un lloc d'acollida i atenció primàries, especialment útil per als acabats d'arribar i per aquells que no accepten els serveis normalitzats de protecció de menors. A més, *Càritas* va crear, el març de 2000, una residència per a joves magrebins de 16 a 18 anys que no s'han integrat a la xarxa normalitzada de menors i està destinada a aquells que segueixen un procés positiu en els centres de dia. També mantenen a alguns joves després d'assolir la majoria d'edat.

- b) *L'avaluació, diagnòstic i proposta d'intervenció.* Després de l'atenció de les primeres necessitats es procedeix a la *identificació*, que fa l'Administració autonòmica, i que inclou l'exploració radiològica dels ossos del canell en cas de dubte sobre la minoria d'edat. Hi ha dos centres o residències de tractament d'urgències (Roure i Lledoners, aquest gestionat per una fundació), on els menors poden romandre d'1 a 3 dies, en cas que se'ls hagi de prestar atencions immediates.

El *diagnòstic i avaluació* de la situació personal i familiar del menor es realitza en diversos centres:

- En el SATEMI, ja esmentat, creat el juny de 2000, i gestionat per una fundació especialment per als joves reticents a l'internament.
- En els Centres d'Acollida i Diagnòstic, tradicionalment dirigits als autòctons, a vegades dependents directament de l'Administració i en altres casos de fundacions.
- En els propis centres d'emergències, Roure i Lledoners, ja esmentats, especialment per l'oposició del menor a ser traslladat als Centres d'Acollida.

En els tres casos s'estudia la situació del menor, psicològica, familiar, social, pedagògica i mèdica, per fer una proposta a la Direcció General d'Atenció de Menors sobre la decisió més adequada en cada cas. També s'intenta localitzar a la família del menor en el país d'origen.

- c) *La declaració de desemparament, l'assumpció de la tutela i la intervenció protectora.* Després del diagnòstic, la DGAM adopta en la pràctica una d'aquestes dues línies: la primera és reenviar el jove al país d'origen, cosa que ho farà la policia després de la decisió del Delegat del Govern; la segona, és la declaració de desemparament del jove i l'assumpció de la tutela del menor immigrant per la DGAM, tot assignant-li els recursos normalitzats.

Aquests poden consistir en la inclusió en algun dels llocs següents:

1º. Centres Residencials d'Acció Educativa (CRAE). Formen part del sistema general de protecció de menors. Es tracta de diferents tipus de residència on s'hi pot romandre fins a la majoria d'edat, tot i que el seu objectiu és el del desinternament i la inserció a la societat.

2º. Servei d'Atenció i Acollida Especialitzada per a Menors Immigrants no Acompanyats (SAAEMI). Ha estat creat específicament per als MID el juny de 1998, i és gestionat per la Fundació Mercè Fontanilles. Proporciona atenció educativa en medi obert per als joves que manifesten elevada capacitat d'autonomia personal, amb l'objectiu d'una formació ocupacional i l'obtenció dels permisos legals. Els joves resideixen en pensions i tenen el suport i el seguiment d'educadors.

3º. Programa d'Acolliment familiar per a menors magrebins sense referents familiars de l'Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció. La gestió va ser encomanada a la Creu Roja, a l'Associació Ibn Batuta i a l'Institut de Reinserció Social-IRES per conveni de juliol de 2000.

4º. Programa de pisos assistits per a majors de 18 anys, iniciat amb el pla interdepartamental de 1995, dirigits a joves que havien estat tutelats per la DGAM, que també coordina el servei.

A més d'aquests serveis de l'Administració autonòmica n'hi hauria algun d'altre, com el projecte ADAM (de *Cáritas*) per a majors de 18 anys que, arribats com a joves, no van ser tutelats per l'Administració, i inclús activitats sectorialment molt interessants per als MID, com les realitzades per l'Associació Ibn Batuta des de 1998, però que no van al centre dels problemes que ara tractem.

- d) *La situació dels subjectes a la Jurisdicció de menors.* Afecta els joves que estan subjectes a un procés penal o compleixen mesures de justícia juvenil, imposades per un Jutge de Menors. Malgrat l'elasticitat i l'orientació educadora que caracteritza la legislació actual, s'imposen les normes més vinculats de la Llei Orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors. Destaca al llarg de tot el text la funció protectora que s'encomana al Fiscal de menors i un respecte molt ampli als drets dels menors immigrants, en la seva doble faceta de menors i d'estrangers.

En general, des de la instrucció hi ha els "Equips tècnics" (dependents de la Direcció General de Justícia Juvenil del Departament de Justícia) per a assessorar el Jutge, i també després en el seguiment de l'execució de les mesures judicials adoptades. És preceptiva l'elaboració d'un informe sobre les circumstàncies personals i socials del menor autor d'un delictes perquè el Jutge i el Fiscal adoptin les mesures educatives més adequades en cada cas. La nova Llei preveu programes de mediació i reparació a la

víctima, sota la direcció del departament de la Generalitat, seguits pel Ministeri Fiscal. El Jutge pot finalitzar les actuacions o pot adoptar una multiplicitat de mesures, tant en medi obert com tancat.

3. Els problemes de la situació actual.

La crítica a la situació actual que s'esbossa seguidament ha de relativitzar-se en un doble sentit; d'una banda, perquè, com passa amb qualsevol crítica, depèn del criteri de valoració que s'utilitzi, és a dir, de l'opinió sobre el tractament que haurien de rebre els menors immigrants del carrer. I la política de menors de la Generalitat no ha explicat amb una claredat mínima quins són els seus objectius, per poder jutjar-ne els resultats. En la meua opinió, l'objectiu de la política pública corresponent ha de ser la incorporació de la majoria d'aquests joves en el món laboral entre els 18 i els 19 anys, i això requereix tota una sèrie de decisions --incloses reformes legals-- coherents amb l'objectiu. En segon lloc, ni el meu coneixement directe del sector és suficient --m'he basant en diversos informes i en el testimoni d'algun professional-- ni tampoc no existeix una valoració general del treball de la Generalitat. Per ambdues raons s'imposa el relativisme davant les crítiques que segueixen, però no estic segur de si una valoració més precisa seria més benèvola o tot el contrari.

1. *L'escassetat de recursos.* No voldria caure en el tòpic, però manquen serveis; en els serveis existents manquen places; i en les places existents es denuncien deficiències. L'absència de serveis especialitzats és tan elemental que, per exemple, no hi ha un centre psiquiàtric per a menors privats de llibertat, de manera que joves amb malalties greus estan en els centres comuns. Però segurament les majors deficiències siguin més quotidianes,

perquè el més greu sembla ser l'escassetat de places en els centres existents, de manera que molts fracassos en el tractament dels menors es justifiquen, oficialment, perquè en el moment adequat no existia cap plaça disponible. En algunes residències s'han produït algunes denúncies de mal funcionament, la més greu, tot i que encara sense provar, de maltractaments, malgrat que segurament el balanç més negatiu es refereixi a l'escassa eficàcia del conjunt del sistema, cosa que respon també a altres causes i no només a la manca de mitjans.

Per exemple, *La Vanguardia* del dia 13 de juliol de 2001 recull la presentació d'una denúncia davant el Jutjat per l'actitud negligent de la DGAM amb un menor malalt i assenyala que entre març i juny s'han presentat quatre denúncies semblants, existint la idea general que la DGAM presta escassa atenció als menors immigrants desemparats.

La denúncia de l'escassetat de mitjans en general per a la protecció de menors ha estat acceptada inclús per les autoritats, especialment en ocasió de l'entrada en vigor de la nova llei de responsabilitat penal del menor (incloent-hi un informe del mateix Consell General del Poder Judicial), però naturalment això no representa cap atenuant.

2. *L'absència, o debilitat, de la coordinació*, tant interna com externa. En la denominada fase de detecció s'aprecia manca de coordinació entre els diversos òrgans que intervenen, com passa també quan el jove s'escapa dels serveis en què havia entrat i, més en general, en totes les relacions entre òrgans de l'Ajuntament de Barcelona i la Generalitat, excepte en moments puntuals de gran rellevància mediàtica del problema.

Un supòsit més greu és la descoordinació entre la protecció dels menors i la justícia juvenil (ni tan sols està prevista per la darrera l'atenció als joves que acaben de complir les mesures de privació de llibertat, realitzades per la primera), malgrat que les dues són Direccions Generals del Departament de Justícia de la Generalitat. Aquesta manca elemental de coordinació interna ha estat denunciada repetidament per totes les organitzacions pròximes al sector, però existeix igualment la necessitat de coordinar els aspectes mèdics, els d'atorgament de permisos, etc. La varietat de subjectes intervinents (Jutges, Fiscals, policies diverses, múltiples educadors i funcionaris...), a més de responsables polítics de diferents Administracions (els convenis celebrats han estat signats per l'Ajuntament, la Diputació, la Generalitat i l'Estat), il·lustra perfectament la importància essencial de la coordinació.

3. *La manca de claredat en els objectius de les polítiques públiques.* En ocasions, aquesta absència d'estratègies clares s'observa en defectes o obscuritats legals sectorials, com sembla evident en la manca de tractament específic de la multireincidència o inclús en l'escassa definició del paper del Fiscal de Menors. En altres casos es tracta més aviat d'ambigüitat de les funcions encomanades a determinats serveis o centres. Per exemple, alguns dels Centres oberts recentment que funcionen amb més èxit, semblen més alternatives als serveis de la Generalitat que òrgans complementaris; això pot entendre's pel mal funcionament actual dels serveis normalitzats, i potser per la manca d'idees clares sobre centres oberts i tancats, però no s'entén que un centre de dia serveixi per entretenir indefinidament grups de menors conflictius sense acabar de proporcionar-los el tractament adequat, tret d'intervencions excepcionals.

4. Però l'origen principal dels problemes es troba en *l'aplicació del propi règim jurídic dels menors immigrants del carrer*, sense família, perquè la confusió existent sobre el moment del reconeixement de la situació de desemparament i la declaració de tutela és l'origen de múltiples fracassos en el tractament dels menors.

En la pràctica, aquell moment es retarda diversos mesos des de la detecció del menor per la protecció de menors, perquè s'intenta cercar la seva família al Marroc o indagar si les autoritats marroquines acceptarien la seva devolució. Sovint es justificava doblement per la manca de places, i durant aquests mesos, el menor s'escapava i tornava al carrer. La situació es reproduïa cada vegada que era conduït davant l'Administració. El pitjor és que aquesta pràctica rep cert suport amb l'aprovació de la darrera llei d'estrangeria i del recent Reglament d'aplicació, com s'estudiarà detalladament.

Malgrat que resulti una conclusió molt dura, es té la impressió que la majoria dels menors immigrants que malviuen pels carrers de Barcelona han estat detinguts en moltes ocasions i enviats als serveis de menors, però oposen resistència al seu tractament --amb èxit!--, generalment s'escapen i en molt pocs casos pot dir-se que la protecció de menors hagi complert els seus objectius. En aquest resultat intervenen, més o menys, tots els defectes comentats.

El Síndic de Greuges de Catalunya ha presentat una crítica encara més global:

"El Síndic no pot silenciar la seva preocupació pel que sembla constituir l'acceptació d'un grup de menors immigrants respecte dels quals fins ara han fracassat -si es vol aparentment- els recursos que s'hi ha dedicat; i també el preocupa el risc que aquesta acceptació porti a desistir de qualsevol proposta educativa i a convertir aquesta situació en un problema d'ordre públic. (...)

A part que molts d'aquests nois no han estat tutelats, i això cal considerar-ho un incompliment de deure legal, el Síndic té la convicció que no s'ha aplicat sobre aquest grup un programa definitiu i ambiciós, amb els mitjans corresponents". (Informe al Parlament, 2000, pg. 332)".

Aquesta manca d'atenció ha estat posada recentment de relleu per una sentència del Jutge Penal número 3 de Barcelona, en el relat que recull *El País* de 18 de juliol de 2001.

Hamid Hassani va ser dut a la Direcció General d'Atenció al Menor de la Generalitat per primera vegada fa dos anys, quan en tenia 16. En els mesos següents va ser presentat per la policia a la protecció de menors de la Generalitat en 24 ocasions, però sempre es va escapar, fins que se li va perdre la pista el juny de 2001. Podria haver estat ingressat en un centre de reforma, però això requeria la decisió del Jutge, que mai es va sol·licitar. A la policia hi figura com a detingut en 30 ocasions, la darrera --que ha donat peu a la sentència-- per un delictes o robatori amb violència a una turista, del qual n'ha estat absolt, entre d'altres coses perquè la turista no s'ha presentat a declarar. El jutge afegeix a la sentència que Hamid Hassani no té documentació, es troba a Barcelona en situació irregular i desconeix del tot el català i el castellà, circumstàncies que, en conjunt, conclou la sentència, hauria de generar la intervenció de la Generalitat per a la seva protecció.

II. CRITERIS GENERALS PER A UN PROGRAMA SOBRE ELS MENORS IMMIGRANTS DESEMPARATS.

Una alternativa per a millorar la situació dels menors immigrants dels carrers de Barcelona és la millora puntual d'algun dels defectes que s'acaben d'assenyalar, i, per descomptat, no ha de menysprear-se aquesta possibilitat a curt termini. Però si es vol trobar una solució a mig o llarg termini, cal començar per situar el marc jurídic general (els drets constitucionals i legals dels menors, els principis que han de regir l'actuació de les administracions públiques...) perquè més important encara que la correcció de defectes puntuals és l'adequació de l'estratègia que se segueixi a l'hora d'abordar el fenomen que ens ocupa.

1. La Constitució i la protecció especial dels menors en el Dret Internacional.

Tradicionalment, el Dret Internacional s'ha destacat en la protecció als nens i als joves, segurament per compensar la seva precarietat relativa al si de cada Estat. El fonament ha estat sempre l'especial debilitat del nen respecte els adults, tal com recull sintèticament la Declaració dels Drets del Nen de l'ONU, de 1959: *“El nen, per la seva manca de maduresa física i mental, necessita protecció i cures especials...”*. Dintre de la normativa internacional més important dels Drets Humans, directament aplicable als menors, es poden esmentar la Declaració Universal de Drets Humans (1948), el Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics i el Pacte dels Drets Econòmics, Socials i Culturals (ambdós de 1966) i el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans (1950), que essent declaracions generals contenen un o més articles especialment dirigits a la protecció dels menors. Però per sobre de totes les normes importants que configuren aquest Dret Internacional dels Menors cal destacar, la fonamental

Convenció sobre els Drets dels Infants (CDI) de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990.

Abans de comentar les concretes previsions d'aquesta normativa internacional que és aplicable als menors immigrants del carrer, cal subratllar especialment el seu àmbit d'aplicació, qüestió de gran interès per a aquest informe. Sobre aquest extrem, val a dir que tots aquests instruments de protecció internacional dels menors citats contempnen un àmbit d'aplicació molt ampli, que inclou tots aquells menors, que per qualsevol motiu i amb independència de la seva nacionalitat i la seva situació administrativa, es trobin al territori d'un dels Estats signataris. L'art. 2 de la CDI n'és un bon exemple:

Art. 2.1.- "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, el color, el sexo, el idioma, la religión, la 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, de sus padres o de sus representantes legales".

És molt important destacar que, a banda de recollir drets i mecanismes específics de protecció dels menors, a la majoria del instruments internacionals, i en tot cas, a tots aquells mencionats en aquest informe, existeixen disposicions equiparables a l'art. 2 CDI que estenen aquests drets i mecanismes de protecció a tots els menors immigrants que estiguin al territori d'un Estat signatari, encara que es trobin en situació absolutament irregular.

Tradicionalment, les Constitucions no contenen previsions específiques sobre els nens, que en tot cas s'englobaven en les al·lusions --quan existien-- a la família, fins que les Constitucions més recents s'han fet ressò de l'especial protecció que mereix la infància, en bona part per

influència del mateix Dret Internacional. A la Constitució espanyola el fenomen no pot ser més clar, doncs l'art. 39.4 fa una opció ben curiosa, la constitucionalització dels drets recollits en els Tractats:

“Els infants gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets”.

Realment, la Constitució, en remetre als Tractats internacionals l'extensió dels seus drets, constitucionalitza el contingut de les convencions internacionals. L'opció del Constituent, en un moment en el que Espanya encara no havia incorporat gran part del dret internacional del menor, ha estat explicada per algun constituent com la voluntat, ambigua, de proporcionar als nens la major protecció possible, més com a una bona aspiració que com a una norma clarament pensada. En tot cas, tècnicament, suposa un reforçament del Dret internacional protector dels menors, en el sentit següent. Tot Tractat internacional ratificat per Espanya es converteix en norma vigent, en virtut dels arts. 93 o 94 CE, segons les matèries. A més, tot Tractat ratificat per Espanya que afecti drets i llibertats es converteix en criteri superior per a interpretar les normes sobre aquests drets, en virtut del principi de l'art. 10.2 CE. Aquesta és la teoria general, a la qual ha de sumar-se l'efecte de l'art. 39.4 CE, en dos sentits: realçar el rang constitucional dels Tractats ratificats per Espanya (de fet ja realitzada per l'efecte conjunt dels arts. 93-94 i 10.2 CE), i probablement incorporar a l'ordenament espanyol, amb aquest mateix rang, les normes incloses en els Tractats internacionals que protegeixen els menors *inclús abans o al marge* que hagin estat ratificades per Espanya, ja que l'art. 39.4 CE, a diferència de l'art. 10.2 CE, no exigeix aquesta ratificació.

Aquest darrer efecte és, jurídicament parlant, molt espectacular, però té conseqüències menors atesa la probabilitat que Espanya ratifiqui els diferents Tractats internacionals protectors de la infància. En canvi, encara que sigui repetitiu respecte a altres preceptes constitucionals, pot ser més intensa la funció

de ressaltar el pes de les normes internacionals protectores de menors, especialment quant els drets que reconeixen no només representen límits per a les administracions sinó també principis actius que vinculen la seva actuació, especialment per la situació de l'art. 39.4 CE entre els principis rectors de la política social i econòmica. Amb una o una altra extensió, el fet és que mitjançant la tècnica de la remissió, ha elevat el rang de la normativa internacional de protecció de menors ratificada per Espanya fins a constitucionalitzar-la. El Legislador nacional resta vinculat per la normativa internacional, de manera que la seva vulneració pot originar la declaració d'inconstitucionalitat d'una llei contrària a una disposició internacional sobre protecció de menors; i a més, permet al·legar davant als Jutges aquest principi rector perquè la normativa internacional de protecció de menors la dota de contingut i constitueix el seu desenvolupament normatiu.

Aquesta disquisició teòrica sobre la naturalesa i el contingut de l'art. 39.4 CE té importants conseqüències sobre l'estatut dels menors immigrants del carrer. En primer lloc, la incorporació de la normativa internacional de protecció de menors, via art. 39.4 CE i 10.2 CE, amplia l'*àmbit subjectiu* d'aquesta protecció a tots els menors, inclosos els menors immigrants irregulars o indocumentats, tal i com es desprèn de l'art. 2 CDI. Aquesta interpretació no mereix d'altres arguments després de l'explicació realitzada, però també es deduiria de la pròpia sistemàtica de la Constitució i inclús de la interpretació literal del precepte que no introdueix distinció entre els menors, interpretació literal que en aquest cas és coincident amb la interpretació teleològica i històrica del precepte. El fet és que totes les lleis, estatals i autonòmiques que han desenvolupat l'art. 39 CE, han partit d'aquesta interpretació i han estès la seva aplicació a tots els menors dins el seu àmbit territorial d'aplicació, tal i com es veurà més endavant, però no sempre han respectat igualment els seus principis, com també apuntarem.

No obstant, tot i que els menors immigrants del carrer tenen dret a la protecció i l'Estat espanyol, al seu torn, l'obligació de protegir-los, per perfilar millor el règim jurídic d'aquests menors cal determinar si aquests menors, que són immigrants irregulars, gaudeixen dels mateixos drets que els menors nacionals, quan no existeixi un tractat internacional que reconegui el dret concret. La prohibició de discriminació no solament és a la Convenció, sinó també es troba ratificada per la llei espanyola: "*Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados internacionales ... y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad... o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social*" (art. 3 de la Llei Orgànica 1/1996, de Protecció Jurídica del Menor, LOPJM).

En d'altres paraules, la igualtat entre nacional i estranger és clara respecte al contingut dels Tractats internacionals, però no ho és tant pel que fa als punts no regulats pels Tractats. El raonament en aquest sentit ha de ser més subtil i ha de prendre en consideració l'art. 13 CE, precepte que delimita la titularitat dels drets constitucionals dels ciutadans estrangers a Espanya, tot introduint algunes diferències amb els drets reconeguts als nacionals.

Plantejada en altres termes, la qüestió consisteix a saber si els menors immigrants s'equiparen completament als nacionals o no, i si no s'hi equiparen, a determinar el conjunt de drets dels que com a mínim són titulars, qüestió a la que es dedicarà el següent apartat.

La Convenció es refereix parcialment al nostre supòsit (no especifica que siguin nens estrangers) a l'art. 20.1 "*Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar... tendrán derecho a la protección y asistencia especiales*

del Estado”. Entre els remeis situa la guarda, l'adopció i la col·locació en institucions de protecció de menors, i afegeix "*Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico*” (art 20.3).

És a dir, ni la Convenció ni la Llei Orgànica espanyola garanteixen la total igualtat entre nens i joves espanyols i estrangers, i per tant, els estrangers tindran els drets que els correspongui segons els Tractats i les Lleis, interpretats d'acord amb la doctrina constitucional, que és important en matèria d'estrangeria. Però tant la Convenció, a l'art. 20 esmentat, com la legislació espanyola (LOPJM i Cc, com després es veurà millor), asseguren la protecció dels menors per l'administració pública en cas de necessitat, i per tant, una vegada reconegut el dret el que prohibeix la Convenció (i per tant, la pròpia Constitució), així com l'art. 3 LOPJM és la discriminació d'aquest dret per raó de nacionalitat o de qualsevol altra circumstància.

2. Alguns principis generals de l'ordenament, especialment, l'interès superior del menor.

Al marge del contingut dels drets concrets, que examinaré després, interessa fixar l'atenció en alguns principis generals que deriven de la Convenció, i per tant, una vegada més, resulten constitucionalitzats. En particular, és de gran importància per a qüestions centrals que després examinarem com ara la tutela administrativa i la repatriació dels menors estrangers, el principi de l'"Interès superior del menor" reconegut a l'art. 3.1 i altres articles de la Convenció, que han passat a l'art. 11.2 i altres de la LOPJM.

L'"Interès superior del menor", com a criteri principal de les normes i les actuacions dels poders públics és certament un principi, no una regla jurídica, però això no significa pas que no tingui caràcter normatiu, fins el punt que pot provocar la inconstitucionalitat de la norma que resulti contrària a aquest principi, tal com va declarar molt aviat el Tribunal Constitucional. A diferència de les regles, que es compleixen o no es compleixen, els principis no tenen una aplicació tan rotunda, però tenen en canvi un efecte expansiu per a totes les institucions que hagin d'intervenir en l'actuació del sector, en aquest cas de la protecció de menors. L'efecte serà diferent segons la institució actuant, perquè en els tribunals el principal efecte segurament serà interpretatiu, en l'Administració serà aplicatiu, o, si s'escau, reglamentari, i en el Parlament serà legislatiu, tot orientant l'aprovació de lleis en sentit més favorable al principi, o provocant la inconstitucionalitat d'aquelles que li siguin contràries.

L'"Interès superior del menor" ja apareixia en la "Declaració dels Drets del Nen", adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides l'any 1959, en l'apartat "Principis" núm. 7: "*El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación*". La protecció del menor per part dels poders públics ha tingut la màxima difusió des del seu reconeixent a la Convenció, estenent-se a altres moltes normes, com per exemple, l'art 5 de la *Declaració sobre els principis socials i jurídics relatius a la protecció i el benestar dels nens, adoptada per l'Assemblea General de les Nacions Unides per Resolució 41/1985, de 3 de desembre de 1986*, en el principi de protecció de l'interès del menor:

"En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental".

En la Convenció, l'“Interès superior del nen” es formula al l'art. 3.1 com el criteri primordial que seguiran les institucions públiques i privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives i els òrgans legislatius. La seva posició en els primers articles de la Convenció és destacada i encara que no sigui un argument decisiu és significatiu que només el principi de no discriminació apareixi abans. A més, a l'art. 21 reapareix com a principal criteri per al lliurament en adopció i també l'art. 37.e) l'utilitza com a criteri per a excepcionar la separació dels nens respecte als majors en els casos d'internaments i privació de llibertat. Igualment, l'art. 40 iii) per a excepcionar els drets inherents al judici públic.

La Llei Orgànica 1/1996 ha respectat perfectament aquest principi constitucional i de dret internacional --fins al punt de constituir un bon exemple de l'aplicació dels principis a les lleis-- i arriba a teoritzar-lo en la seva Exposició de Motius quan explica com a mèrit de l'anterior Llei 21/1987 “*la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél, tanto administrativas como judiciales*”. Després, a l'art. 2, el qualifica com a principi general (s'entén, de l'ordenament en el sector de menors).

Però la LOPJM conté d'altres principis, més o menys connectats, a retenir. Així, inclou un altre principi que deriva de l'anterior: “*cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo*”. Més endavant, a l'art. 11.2 el qualifica com a principal “*principio rector de la actuación de los poderes públicos*”, cosa que significarà, entre d'altres coses, que ha d'inspirar les polítiques públiques realitzades per l'Administració.

També apareix com a principi l'atenció de les autoritats a l'opinió del menor, que podrà expressar-la --aquí apareix com a dret subjectiu-- en tots els assumptes que li afectin. L'art. 12.1 CDI: "*Los Estados garantizarán al niño... el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez*". Ens interessarà en particular el número següent (art. 12,2) que concreta aquest principi en los procediments judicials i administratius.

El principi de l'"Interès superior del nen" també apareix en les lleis successives catalanes del sector, des de la primera Llei 11/1985, de Protecció de Menors. La última Llei 8/1995, d'atenció i protecció dels nens i dels adolescents, en el seu art. 2, li concedeix el rang màxim, citant a particulars i institucions com a obligats a respectar-lo i unint-lo, de manera interessant, amb el principi d'audiència al menor. "*Per a la determinació d'aquest interès hom ha de tenir en compte, en particular, els anhels i les opinions dels infants i els adolescents, i també llur individualitat dins el marc familiar i social*" (art. 3, in fine).

Fins i tot autors tradicionalment instal·lats en el Dret Privat, com el professor Francisco Rivero Hernández han vist la seva enorme transcendència, en dir que aquest principi de "*superior interès del menor*" ha esdevingut un principi general del Dret i com a tal un "criteri hermenèutic en els seus aspectes finalista i sociològic" (El interés del menor, Ed. Dykinson, Madrid 2000). Ja hem vist que el seu efecte pot ser molt superior, arribant fins i tot a provocar la inconstitucionalitat d'una Llei, però la cita il·lustra la recepció que ha tingut en tots els àmbits del Dret.

Em referiré a d'altres possibles principis en els supòsits concrets en què apareixen, però val la pena citar la previsió expressa de criteri superior d'interpretació que conté l'art. 4 de la Llei catalana 8/1995, esmentada, que

seguint la via de l'art. 10.2 CE, imposa la utilització dels Tractats internacionals protectors dels menors com a principal guia per a la interpretació i aplicació de les lleis i d'altra normativa de Catalunya que afecti els nens i joves. Segurament, el mateix efecte s'aconseguiria per l'existència de l'art. 10.2 CE, perquè la Constitució és norma suprema, però tampoc no sobra que es recordi als juristes i funcionaris d'un sector concret el valor d'interpretació constitucional dels Tractats internacionals sobre drets humans.

3. Els drets dels menors immigrants del carrer.

Sense ànim exhaustiu, es pot dir que els menors immigrants del carrer gaudeixen no només dels drets fonamentals inherents a la condició humana en igualtat de condicions que els nacionals (STC 107/1984 i STC 115/1987), com poden ser el dret a la vida, a la integritat física i psíquica, a l'honor, etc... sinó també tots aquells reconeguts a la legislació de menors, d'acord amb les regles enunciades anteriorment.

A. En aquest sentit, cal destacar que els menors tenen una sèrie de *drets de tipus processal*, com el dret d'audiència i el dret d'assistència jurídica gratuïta i d'intèrpret, així com el dret a un recurs: els menors tenen dret a ser escoltats en tots els procediments administratius i judicials que els afectin, directament o a través de representant o òrgan apropiat (art. 12.2 CDI, art. 9 LO 1/1996 i art. 11 Llei catalana 8/1995). Aquest principi es plasma a les regulacions dels diversos procediments, però particularment al procediment de declaració de desemparament davant els equips tècnics encarregats de l'estudi i avaluació del seu cas, dret que existeix en tot cas pels menors de més de dotze anys, i per als que no arribin a aquesta edat quan tinguin prou coneixement (art. 11.3 Llei catalana 8/1995 i art. 11 Decret 2/1997); a més,

sembla evident que si el nen no coneix l'idioma del procediment, haurà de gaudir d'una traducció a una llengua que li sigui comprensible. Els menors irregulars, en tot cas, pel fet de ser menors, haurien de tenir dret a assistència jurídica gratuïta a tots els procediments en què prenguin part, i aquesta sembla ser la idea de l'art. 18.2 Llei catalana 11/1985: "*El menor té també dret a comunicar-se, sempre que ho sol·licita, amb un advocat o amb l'autoritat judicial de qui depengui*". Seguint amb l'exemple anterior, els menors immigrants poden recórrer la declaració de desemparament davant els Jutjats de Família en expedient de Jurisdicció Voluntària de l'art. 870 LEC, tal i com també reconeix l'art. 2 Llei catalana 37/1991.

Pel que fa al procediment penal de menors, la LO 5/2000 de Responsabilitat Penal dels Menors (LORPM) preveu la detenció del menor en la forma menys perjudicial per a aquest, amb informació immediata i clara dels motius de la detenció, dels fets imputats i dels drets que gaudeix, amb comunicació a les autoritats consulars del país de procedència del menor estranger. La seva declaració es farà en presència de lletrat, al qual té dret durant tot el procés en condicions d'assistència jurídica gratuïta, i de les persones que tinguin encomanada la guarda o tutela del menor, i en el seu defecte davant d'un Fiscal diferent al Fiscal instructor.

Mentre dura la detenció, els menors hauran de rebre l'atenció, protecció i assistència social psicològica, mèdica i física que els calgui, tenint en compte l'edat, el sexe i les seves característiques individuals. La detenció policial no podrà perllongar-se més enllà de 24 hores, transcorregudes les quals haurà d'ésser posat a disposició del Ministeri Fiscal, qui en 48 hores haurà de demanar la incoació de l'expedient amb sol·licitud de les mesures cautelars adients al Jutge de Menors. Els menors tenen dret a sol·licitar un *habeas corpus*. De la mateixa manera que en els altres processos

jurisdiccionals, el menor té dret als recursos pertinents contra els actes de tràmit i contra la sentència que perjudiquin els seus interessos.

Els procediments administratius i contencios-administratius es fonamenten en els mateixos drets, si bé cal remarcar l'especificitat del procediment administratiu de retorn o repatriació de l'art. 35 LODILE i 62 del Reglament de la mateixa llei (RELODILE), on el menor haurà de gaudir d'assistència jurídica gratuïta i de traductor, si s'escau, perquè es tracta d'un procediment administratiu que pot comportar el seu allunyament del país. Igualment, tindrà aquests drets en els successius recursos jurisdiccionals contra aquesta decisió.

- B. Entre els *drets de l'esfera personal* cal destacar a l'efecte d'aquest informe els drets a la vida familiar, a la intimitat i a la llibertat religiosa i cultural.

Pel que fa al dret a la vida familiar, només cal assenyalar que aquest és un element essencial per al correcte desenvolupament del menor per raons molt diverses, especialment perquè és font d'estabilitat, afecte i consell per al menor. El trencament d'aquest lligam familiar per raó del fet migratori es viu de manera molt diferent per cada menor; la substitució de la família i l'entorn originari per un acolliment residencial i fins i tot familiar, poden ajudar al menor a superar aquesta ruptura però en alguns casos hauran de complementar-se amb altres mesures de manteniment dels nexes familiars originaris.

Els menors immigrants desemparats, per la seva condició de menors, tenen dret a la protecció de la seva intimitat i a la protecció de les seves dades personals (art. 16 CDI, art. 4 LOPJM i art. 9 Llei catalana 8/1995). No

obstant, cal reconèixer la necessitat d'algunes intromissions a la intimitat del menor així com de obtenir i guardar la informació que sobre ells s'obtingui, amb finalitats molt diverses: per a la correcta avaluació i diagnòstic del menor, per a la determinació de la seva identitat, per a contactar amb la família, per a determinar si hi ha altres administracions competents per a intervenir sobre el menor, etc.. Actuacions totes elles que requereixen una certa invasió de la seva privacitat per a la millor protecció del menor; des d'aquest punt de vista el problema en aquest àmbit no és tant la justificació d'aquestes mesures com la seva proporcionalitat i garantia. Potser el tema més complex actualment és el relatiu als mecanismes efectius d'identificació del menor immigrant indocumentat i de determinació de la seva edat. Per a resoldre aquesta qüestió l'art. 35.5 LODILE ha previst l'adopció pels Cossos i Forces de Seguretat de l'Estat de les mesures tècniques necessàries per a la identificació dels menors estrangers indocumentats, amb la finalitat de conèixer les possibles referències que sobre ells poguessin existir a altres institucions públiques nacionals o estrangeres encarregades de la seva protecció. Previsió que sembla apoderar a la policia per a la identificació i obtenció d'informació dels menors, per a la qual cosa podrà crear i consultar les bases de dades informàtiques que continguin aquesta informació. No obstant, caldrà una acurada regulació del sistema d'informació i arxiu de dades sensibles sobre menors i assegurar, d'acord amb la LO 15/1999, de 13 de desembre, de Protecció de Dades de Caràcter Personal (LOPD) i el Real Decret 994/1999, d'11 de juny, sobre mesures de seguretat de les dades de caràcter personal, com a mínim un nivell de protecció intermig d'aquests tipus de fitxers.

El dret a la llibertat religiosa es troba reconegut a la Constitució, és un dret inherent a la dignitat humana (STC 107/84 i 115/85) i el gaudeixen en igualtat de condicions amb els nacionals tots els estrangers amb

independència de la seva situació administrativa. Els menors, a més, el tenen reconegut a l'art. 14.1 CDI i a l'art. 6.1 LOPJM. Això vol dir que s'hauran de respectar les seves conviccions religioses i promoure el compliment dels requisits que la seva fe els imposa (descansos setmanals, festes religioses, dietes on es tinguin en compte els ingredients prohibits com el porc, respecte del ramadà, prestació dels serveis religiosos, etc...). Tot això sempre que els nens manifestin la demanda d'aquests serveis o prestacions. Molt relacionat amb aquest dret, però amb un àmbit autònom, cal respectar la identitat cultural del menor, concretament integrant en la seva educació els elements propis de la seva cultura que permetin al menor desenvolupar la seva personalitat en totes les dimensions; en aquest sentit s'haurà de prestar especial atenció a la llengua/es materna/es (àrab, dialectes, etc...) i a l'ensenyament de la seva cultura. En la mesura del possible caldria utilitzar aquests elements com a eina pedagògica i d'aproximació al menor.

- C. En tercer lloc es troben els ***drets socials o prestacionals***, molt importants per a la intervenció sobre els menors, objecte d'aquest informe. De tots aquests drets prestacionals dels quals són titulars els menors val la pena destacar el dret d'accés al sistema sanitari, el dret a l'educació i el dret a determinades prestacions socials.

El dret a la salut dels menors immigrants es troba reconegut a la legislació bàsica estatal a l'art. 10.3 LOPJM: "*tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aún cuando no residieran legalmente en España*" i a l'art. 12.3 LODILE "*Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones*

que los españoles". La legislació catalana sobre protecció de menors, la qual és d'aplicació també als menors que es trobin eventualment a qualsevol lloc de Catalunya, assegura el dret a l'assistència sanitària pública dels menors de manera que *"tenen dret a rebre de la sanitat pública de Catalunya l'assistència sanitària que asseguri una adequada tasca de promoció de la salut, a sotmetre's periòdicament a revisions mèdiques, com a mínim un cop a l'any, i a rebre assistència i tractament adequats en cas de malaltia física o psíquica"* (art. 15 Llei catalana 11/1985 de 13 de juny), així com a rebre informació sobre la salut en general i la pròpia en particular, rebre informació en relació als tractaments mèdics als quals són sotmesos, ser immunitzats contra les malalties infecto-contagioses incloses en el calendari de vacunacions, beneficiar-se de la detecció i tractament de les malalties precoces congènites (art. 25 Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol). Pel que fa als menors i adolescents amb incapacitats físiques, psíquiques o sensorials, o amb patologies de risc, tenen dret a l'atenció necessària per al seu correcte desenvolupament psíquic i mental, així com a accedir a les xarxes d'atenció a la salut infantil i juvenil pel tractament en situacions de risc (art. 26 Llei catalana 8/1995, de 27 de juliol). En definitiva, es recull per la llei una equiparació total entre els menors immigrants indocumentats i els menors nacionals en l'accés als serveis de la sanitat pública. La instrumentalització d'aquest accés s'haurà de fer tramitant una targeta sanitària tan aviat com es detecti el menor desemparat.

L'educació és sense cap mena de dubte un element molt important en la formació de totes les persones, i pot resultar decisiu al supòsit que ens ocupa. Està reconegut plenament a molts tractats i convenis internacionals dels quals l'Estat espanyol en forma part i la Constitució espanyola el reconeix a tothom amb la categoria de dret fonamental i amb les màximes garanties a l'art. 27 CE. Tota la normativa, tant estatal com catalana, i concretament de

la *Llei Orgànica del Dret a la Educació 8/1985 de 3 de juliol (LODE)*, la *Llei Orgànica de 3 de octubre de 1990 de Ordenació General del Sistema Educatiu (LOGSE)* i la *Llei Orgànica de 20 de novembre 1995 de Participació, avaluació y govern de los centres docents (LOPEG)*, el reconeixen als menors d'edat, independentment de la seva situació administrativa a Espanya. En aquest sentit l'article 9 LODILE reconeix l'educació als menors de 18 anys en les mateixes condicions que els espanyols. Tot i que no es reconegui de manera explícita l'educació no obligatòria als menors irregulars s'ha d'entendre que en base a l'art. 10.2 de la CE (*les normes relatives als drets fonamentals s'interpretaran de conformitat a la Declaració Universal de Drets Humans i a la resta de tractats i acords internacionals*) aquest dret de l'educació està reconegut per a tots els menors amb independència de la seva situació administrativa. L'educació a més d'un dret constitueix un deure, d'acord amb l'art. 13 LOPJM, el compliment del qual, davant la manca de pares, s'ha d'exigir a l'Administració mentre els menors tinguin una edat compresa entre els 6 i els 16 anys. Per tant, l'escolarització obligatòria dels menors del carrer esdevé una obligació per a les autoritats responsables dels menors, de manera que aquests menors s'insereixin dins del sistema educatiu. Aquest dret-deure tal i com es planteja actualment provoca un enorme rebuig entre els menors del carrer que es senten obligats a seguir una educació que no els serveix de forma immediata per a assolir els seus objectius migratoris, i que pel contrari els requereix un gran esforç, fins al punt de que un important nombre de menors abandonen els circuit de protecció per rebuig a la imposició d'aquest model educatiu. Després proposaré algunes correccions per adaptar el dret-deure a l'educació a la capacitat dels diferents grups de MID.

Pel que fa al dret a les prestacions i serveis de la Seguretat Social no contributives, i per tant a banda d'aquelles derivades de la seva condició de

treballadors amb permís de treball o en virtut de Convenis internacionals, els arts. 10.1 i 14 LODILE¹ tanquen el debat jurisprudencial sobre l'accés a les prestacions no contributives per part dels estrangers residents (STS 1 de abril de 1998 o STSS de 30 de març de 1999, per citar las més recents). No obstant, en el cas dels menors immigrants, la normativa internacional² ja reconeixia el seu dret a prestacions de la Seguretat Social, de manera que el veritable efecte de l'art. 14.1 LODILE està en superar la normativa espanyola d'estrangeria que semblava limitar aquestes prestacions a les prestacions socials bàsiques. Aquest precepte no sols reconeix als estrangers residents (tots els menors immigrants tutelats són residents *ex lege*) el dret a les prestacions de Seguretat Social, sinó també el dret als serveis que ofereix als nacionals, serveis de Seguretat Social que inclouen, més enllà de les prestacions contributives i assistencials per atur, les accions de formació, orientació, etc... en favor de treballadors a l'atur, tal i com resulta de l'art. 206.2 TRSS³. La correcta interpretació del terme "serveis" de la Seguretat Social de l'art. 14.1 LODILE obliga a incloure com a beneficiaris de la "acció protectora" els menors estrangers residents tutelats per

¹ **Art. 1º** "Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente."

Art. 14. Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales 1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.

² La Convenció de Drets del Nen imposa al seu art. 26:

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, incluso del Seguro Social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

³ Reformat per l'art. 3 RDLeg 5/1999, de 9 d'abril: "2. La acción protectora comprenderá, además, acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional a favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación".

l'Administració en igualtat de condicions amb els nacionals, de forma que qualsevol servei al que tinguin dret els nacionals en forma d'acció protectora no pot ser denegat als menors.

Respecte als serveis i prestacions socials que generalment s'emmarquen en el Ministeri o Departament d'Assumptes Socials i als seus homòlegs autonòmics, existeix una regulació mínima als apartats 2 i 3 de l'art. 14 LODILE⁴, l'anàlisi dels quals permet concloure un diferent nivell de protecció en funció de la regularitat administrativa de l'estranger: qualsevol estranger –fins i tot l'estranger irregular- té dret als serveis i prestacions socials bàsics, però si a més resideix regularment a Espanya té dret tant als serveis socials generals i bàsics com als específics, en igualtat de condicions que els espanyols. La dificultat de la interpretació del concepte de “prestacions i serveis bàsics” ha estat assenyalada per la doctrina⁵, que ha equiparat el terme ‘bàsics’ amb ‘necessaris’, per a incloure entre aquests tots aquells serveis "que cobreixin necessitats de caràcter vital: sanitaris, educatius, d'atenció social per a persones en situacions d'especial necessitat per la seva edat o d'altres circumstàncies socials o personals”.

Al costat dels serveis i prestacions socials bàsiques, els estrangers amb residència legal a Espanya tenen dret a “*servicios y prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos*”, la qual cosa significa que a les prestacions esmentades al paràgraf anterior (‘bàsiques’) ha d'afegir-se un conjunt de prestacions generals ‘no bàsiques’ i ‘específiques’ a les que tindran dret en igualtat de condicions que els espanyols. La delimitació del

⁴ **Art. 14.** *Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales:* "2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. 3. Los extranjeros, cualesquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas".

⁵ INÍGUEZ HERNÁNDEZ a SANTAOLAYA MACHETTI, Pablo (coord.): Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, Ed. Lex Nova, Valladolid 2000, pàgs. 107-110.

que hagi d'entendre's per prestacions generals i específiques no és senzilla, per quant les expressions no semblen identificar-se amb distincions contingudes a una normativa diferent, a la que no obstant semblen remetre's, i perquè es refereix amb caràcter general als serveis socials, quan altres articles del present títol regulen també qüestions que podrien incloure's entre aquestes. Tot i existir aquestes dificultats, hi ha dos elements al precepte que poden ajudar a la seva delimitació: en primer lloc, la graduació en les prestacions i serveis, la qual cosa significa que els estrangers en situació regular hauran de gaudir de més prestacions que els irregulars, concretament, prestacions generals i específiques en les mateixes condicions que els nacionals. Si s'admet aquesta interpretació, resulta que els estrangers residents tenen dret a les mateixes prestacions i serveis socials que els nacionals, sense que sigui possible exigir-los requisits addicionals als que s'exigeixen als espanyols.

Amb aquesta interpretació de l'art. 14 LODILE, es pot exigir a l'Administració, central o autonòmica, el reconeixement als menors immigrants amb residència legal a Espanya del dret d'accés als cursos oferts pels serveis d'assistència social⁶, especialment aquells dirigits a grups en greu risc d'exclusió social. En suport aquesta interpretació trobem, de nou, l'art. 57.2 de la Llei catalana 8/1995 d'Atenció i protecció dels nens i adolescents: "*Els poders públics han d'afavorir l'accés dels fills menors d'edat d'immigrants a totes les institucions i els recursos socials disponibles, per tal d'assegurar la igualtat d'oportunitats amb els altres infants i adolescents*".

III. ELS PROBLEMES PRINCIPALS DEL RÈGIM JURÍDIC DELS MENORS IMMIGRANTS EN SITUACIÓ DE DESEMPARAMENT.

Ja he exposat -amb relativisme- les crítiques que mereix l'atenció dels menors de la Generalitat quan actua amb menors immigrants del carrer i he avançat que les causes més profundes es troben en allò que podríem anomenar el seu règim jurídic, és a dir, el conjunt de les normes que regulen els principals aspectes del problema marcat per la condició d'estrangers d'aquests menors. L'ambigüitat d'algunes pràctiques administratives ha estat resolta, en el pitjor dels sentits, per la nova legislació d'estrangeria i qualsevol reforma que avui es pretengui necessita, a més de resoldre el defectes detectats a l'administració de menors, construir un fonament diferent a l'existent si vol establir una estratègia democràtica de solució. Per tot això, dedicaré tot aquest apartat als problemes bàsics dels menors immigrants.

1. La declaració de desemparament dels menors i l'inici de la seva tutela per part de les Administracions autonòmiques.

Per comprendre el mecanisme legal de protecció de menors cal partir de la seqüència prevista a l'ordenament jurídic: el desemparament del menor és una situació de fet i, quan es produeix, la llei respon amb la tutela automàtica de l'Administració pública sobre el menor. Així, l'art. 172 del Codi Civil estableix:

“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda,

⁶ Per exemple, a Catalunya, els cursos oferts pel Departament de Benestar Social de la Generalitat, en forma de programes formatius per a grups amb dificultats específiques d'accés al mercat laboral.

poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores en el plazo de cuarenta y ocho horas. (...)

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”

En un sentit semblant, i complementari, s'expressa a l'art. 18 LOPJM:

“Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal”

Ambdós preceptes configuren una institució jurídica (la tutela del menor per l'Administració) que adopta caràcters particulars, tot i mantenir la denominació i partint de la regulació tradicional de la tutela del menor. Sense entrar ara en el debat sobre la seva naturalesa jurídica, ja que es tracta més aviat d'una guarda qualificada, des d'un punt de vista civilista (es diferencia notablement de la tutela tradicional perquè aquesta suplia la pàtria potestat, lliurava les decisions al cercle dels familiars, i requeria la decisió judicial per a la seva constitució), sí convé ressaltar el caràcter automàtic i *ope legis* de la seva formació, perquè en el moment en què es produeix el desemparament del menor comença --per exprés mandat legal-- l'obligació de l'administració de proporcionar atenció i tractament al menor. Però aquesta regulació introduïda en els anys vuitanta a la

legislació, per influència directa de la Constitució (l'art. 39.2 encomana als poders públics la protecció integral dels fills) estava pensada per als nacionals, en les situacions en què els pares no es cuidaven adequadament dels seus fills, i aquests solien tenir altres familiars o adults pròxims com a punt de referència. La situació canvia radicalment quan el menor és un immigrant que no té família, perquè la tutela administrativa per a autòctons arrenca de pressupostos diferents. Per a aquests casos és encara més important que la tutela es produeixi automàticament. Juntament amb altres arguments que encara exposaré, és decisiva la manifestació de la mateixa Llei. Efectivament, l'Exposició de Motius de la LO 1/1996 diu, en referir-se a l'anterior llei 21/1987 i al canvi substancial del vell concepte d'abandonament pel nou de desemparament, que *“ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los supuestos de desprotección grave del mismo”*.

L'art. 172 Cc. diu que la situació de desemparament és aquella que *“se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*. Per tant, el desemparament és una situació de fet caracteritzada per la manca d'assistència moral o material dels menors provocada per l'impossible exercici dels deures de protecció inherents a les funcions de guarda de menors, encomanats habitualment als pares. Per manca d'assistència moral o material cal entendre l'absència d'una vida familiar normal, és a dir, que els pares o guardadors vetllin pels seus fills, estiguin en la seva companyia, els procurin aliments, educació... en resum, els proporcionin un ambient familiar mínimament idoni. En el cas dels menors immigrants, el desemparament

s'origina *per se*, per la distància i separació dels menors respecte a la seva família.

Si bé la formació de la tutela es produeix automàticament a partir del desemparament, a la pràctica diària la seqüència legal desempara/tutela no és automàtica perquè entre la detecció d'una aparent situació de desemparament i la declaració formal de desemparament del menor, transcorre un temps durant el qual la situació de desemparament del menor està per determinar, i en conseqüència s'intervé sobre el menor però no es declara la tutela fins que els serveis de protecció de menors no s'asseguren de que existeix una veritable situació de desemparament i no una situació de risc conjuntural o de desprotecció puntual. Durant aquest període en què teòricament la tutela l'assumiria l'Administració per ministeri de la llei, en realitat aquesta es troba fent averiguacions sobre el menor i la seva família, i això dona lloc a una indeterminació del paper que pertoca als serveis de protecció de menors, especialment respecte les actuacions que poden dur a terme, que són decisives en aquest moment inicial i sobre el fonament legal d'aquestes. Convindria clarificar, per tant, la posició i funció de l'administració a la seva funció de tutela.

En afirmar que la tutela és automàtica *ex lege*, es vol dir que l'Administració és tutora del menor des del moment en què aquest és detectat i es sospita el desemparament (arts. 12 i 18 LOPJM). Ara bé, fins a la declaració formal de tutela, la DGAM, com a òrgan autonòmic competent "*deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificándolo en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas*" (art. 172 Cc). La competència de la Generalitat no ofereix cap dubte, perquè totes les lleis es

refereixen no sols als joves domiciliats a Catalunya sinó també *“als que s'hi trobin eventualment”* (Llei 37/1991, art.1) o *“transitòriament”* (Llei 8/1995, art.1)

Aquesta previsió es complementa amb l'art. 2 de la Llei catalana 37/1991, que presenta un contingut ampli i il·lustratiu, inclús per la brevetat del termini per la comunicació al Ministeri Fiscal:

- *“El desemparament ha d'ésser apreciat pel mateix organisme competent, en resolució motivada, comunicada al ministeri fiscal en el termini màxim de dos dies i notificada als pares, al tutor...”* (art. 2.4).
- *“Els centres d'acolliment, si s'escau, han d'exercir l'atenció immediata i transitòria dels menors desemparats, a fi d'analitzar-ne la problemàtica i proposar després el tipus de mesures aplicables”* (art. 2.5).
- *El jutge, a petició dels pares, del tutor, del guardador, dels familiars esmentats (...), del ministeri fiscal o de l'organisme competent, ha de confirmar o deixar sense efecte la declaració de desemparament* (art. 2.6).

També altres articles complementen la regulació, tot destacant la menció expressa de l'art. 3.1 a que la resolució de desamparament *“.. comporta l'assumpció automàtica per l'organisme competent de les funcions tutelars sobre el menor”*, que es mantindrà mentre el menor no sigui adoptat o emancipat o no arribi a la majoria d'edat. Més endavant, l'art. 6, afegeix que la resolució ha d'adoptar-se per escrit, i remet al reglament la regulació d'altres condicions i la seva impugnació.

L'art. 5.1. es refereix a les possibles mesures complementàries que es poden adoptar i entre elles s'inclou *“l'acolliment simple en un centre públic o*

col·laborador" i "qualsevol altra mesura aconsellable, de caràcter assistencial, educatiu o terapèutic, ateses les circumstàncies del menor". El punt següent (art. 5.2) puntualitza que la mesura es pot adoptar en el moment de fer-se la declaració de desemparament.

L'art. 5.4 repeteix per al cas concret, cosa que sempre és útil, el dret del menor a ser escoltat en l'adopció de qualsevol mesura que l'afecti sempre que tingui més de 12 anys, i inclús si en té menys però posseeix suficient coneixement.

En resum, per tant, el desemparament del menor és una situació de fet que, apreciada per l'Administració mitjançant declaració formal (d'ofici o a instància d'altres òrgans de l'Administració, altres institucions públiques o de particulars), provoca la tutela automàtica del menor. Malgrat que aquesta naturalesa s'enfronti amb problemes pràctics quan el menor és immigrant i manca totalment de relacions familiars -la qual cosa pot exigir algun temps per verificar aquesta característica- ha de mantenir-se la consideració de la declaració de desemparament com merament declarativa de la tutela (neix *ab initio* amb la situació de fet del desemparament), i no constitutiva. Convé reafirmar que l'art. 3 de la Llei catalana 37/1991 que estableix la tutela automàtica a partir de la resolució motivada de desemparament emesa per la Direcció General d'Atenció al Menor, s'ha d'entendre constituïda des del primer moment, malgrat que es puguin trigar unes hores o uns dies en la comprovació de les circumstàncies i la declaració de desemparament. A més, mentre es resol la declaració de desemparament, el menor haurà de ser portat a un centre d'acollida, on s'exercirà l'atenció immediata i transitòria dels menors desemparats (art. 2.5 Llei catalana 37/1991).

Una interpretació diferent, que no reconegué la tutela fins que s'averiguessin totes les circumstàncies del menor i donés caràcter constitutiu a la declaració de

tutela, provocaria conseqüències ben diferents, perquè molts dels problemes dels MID deriven del fet que entre detecció-intervenció sobre el menor i la declaració formal de desemparament i tutela, transcorre un temps de duració indeterminada (de vegades, setmanes), durant el qual l'art. 35 LODILE i l'art. 2.5 de la Llei catalana 37/1991 semblen admetre solament la realització de l'atenció immediata i transitòria dels menors desemparats. Mesures d'"atenció immediata" que, a banda del problema interpretatiu que susciten sobre el grau d'ingerència que poden assolir, s'intueixen d'un abast més reduït que les pròpies de la tutela administrativa. Al marge d'aquesta interpretació finalista del moment en que la tutela s'inicia, convé sostenir la interpretació més àmplia possible de l'abast de les mesures d'"atenció immediata". Aquesta interpretació permetria a l'Administració, tan aviat com tingués notícia d'una possible situació de desemparament, la intervenció sobre el menor per exercir les funcions inherents a la tutela del menor (com fa en una situació de risc dels arts. 12 i 17 LOPJM), entre les quals es troba la seva guarda.

La guarda és una de les funcions pròpies de la tutela i consisteix en tenir cura dels menors i pot realitzar-se en acolliment familiar o acolliment residencial, que és el més habitual en el cas dels menors immigrants del carrer. La guarda correspon al Director del centre residencial, que l'exerceix en representació de l'Administració competent per a la protecció menors, en el cas català, la DGAM, que és la seva tutora (art 24 Decret 8/1997). Com a guardador per delegació de la DGAM, el Director del centre on es trobi el menor en acolliment residencial pot realitzar tots els actes propis de la tutela i exigir el compliment de les normes i el règim disciplinari dels Centres residencials. La manca d'intervenció es pot denunciar al Ministeri Fiscal o al Jutge de Menors.

Malgrat aquesta interpretació, resta clar que un dels problemes que actualment presenta el règim jurídic dels menors immigrants del carrer (i de tots els menors

desemparats a Catalunya) és que les primeres intervencions públiques de protecció sobre ells es troben limitades per les facultats més reduïdes que la llei atorga als cuidadors. Això, unit a la falta d'una política decidida, explica les vacil·lacions dels guardadors per prendre determinades mesures com, per exemple, la privació de llibertat inicial. La manca d'autoritat i de claredat afavoreix la fugida dels menors i l'alt grau de fracàs en la fase inicial del circuit de protecció d'aquest tipus de menors.

2. El reconeixement de la residència legal dels menors tutelats i la possible inconstitucionalitat del termini de nou mesos per a la seva comunicació, introduït pel Reglament.

Si un menor immigrant és declarat en situació de desemparament i la Generalitat n'assumeix la seva tutela incloent-lo en un dels serveis de l'administració, lògicament passa d'una situació d'irregularitat a una altra de molt diferent, que haurà de caracteritzar-se per algun tipus d'estatus legal que defineixi els seus drets i els seus deures i concretament la seva situació respecte a la permanència a Espanya, és a dir, algun permís de residència.

En aquest sentit, l'art. 35.4 LODILE estableix:

“Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familiar o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor

hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores”.

D'aquest precepte s'ha d'extreure una conseqüència fonamental: en cas de tutela per part de l'Administració, la residència del menor esdevé regular *ex lege*, sense cap altre requisit, de manera que es considera regular l'estada a Espanya des del moment en què el menor va ser posat sota la custòdia dels serveis de protecció de menors, independentment que aquesta residència es documenti en un permís de residència més tard. Aquesta conseqüència resulta absolutament coherent amb la interpretació que he realitzat del desemparament i la tutela administrativa. Però, com veurem de seguida, és desvirtuada per la condició d'haver intentat prèviament el retorn del menor, condició que a més a més segurament encobreix un intent general d'expulsió, que veurem després.

A la llei no hi ha un termini exacte per a la tramesa del permís de residència, i, com si es temés el retard de la tramitació, s'estableix -i és molt important- que els seus efectes es consideren iniciats en el mateix moment en què el menor resta a disposició dels serveis de protecció de menors. El Reglament, en canvi, en el seu art. 62.5 sobrepassa la previsió legal fixant que només al cap de 9 mesos d'intentar la repatriació sense haver-ho aconseguit es concedirà el permís de residència al menor. En realitat, la gravetat del temps opera especialment respecte a la repatriació, que veurem a l'apartat següent, però al marge d'aquesta ha de qüestionar-se si, a manca de previsió legal, ni remissió de la llei al reglament, la delimitació concreta temporal de nou mesos és correcta. La llei no conté una remissió al reglament perquè estableixi aquest o un altre termini. En un altre cas, podria pensar-se que tot i així el reglament pot fixar algun termini legal, però en aquest cas és dubtós, perquè resulta molt més adequat a l'interès superior del menor considerar que la llei conté un concepte jurídic indeterminat en quant ordena que la concessió del permís de residència es

realitzi "*en el temps més breu possible per a l'averiguació dels fets que condueixin al reconeixement del desemparament i de la conseqüent tutela administrativa*". Si aquests fossin realitzats en diversos dies o setmanes, per què esperar nou mesos a lliurar el permís de residència al menor? En aquest sentit, la regulació reglamentària pot considerar-se inconstitucional per vulnerar el principi de l'interès superior del menor i perquè el reglament ha intervingut en un concepte legal per al qual no estava habilitat, i la manca de precisió de la llei a l'art. 35.4 LODILE ha d'interpretar-se com a un concepte jurídic indeterminat, el menor temps possible, en benefici perfectament objectivable del menor.

Curiosament, tant la llei com el reglament han oblidat mencionar la duració del permís de residència i de la seva renovació. Sembla clar que el primer permís ha de ser com a mínim per a un any i que la tutela per l'organisme de protecció de menors permet l'obtenció de la renovació automàticament fins al compliment de la majoria d'edat, en tot cas. Però el problema principal es planteja al compliment dels 18 anys, especialment si els menors van arribar un o dos anys abans, perquè si no es preveu alguna solució podran ser expulsats immediatament.

L'art. 32 LODILE, admet la possibilitat que el reglament estableixi els supòsits excepcionals en els que els estrangers podran obtenir un permís de residència permanent sense que se'ls exigeixi el transcurs d'un període de cinc anys, supòsit desenvolupat per l'art. 42.2.e) REDILE que admet la concessió d'un permís de residència permanent als menors tutelats per l'Administració durant tres anys de forma ininterrompuda. En tot cas seria molt més convenient una regulació que aminorés a dos anys la duració de la tutela administrativa per a gaudir del permís de residència permanent o que com a mínim assegurés a l'art. 41 REDILE un permís de residència temporal als menors tutelats dos anys per

l'Administració, però que haguessin assolit la majoria d'edat abans del transcurs del tercer any.

Un problema derivat apareix per la possibilitat, més que probable, que l'Autoritat Governativa no documenti la residència del menor fins als nou mesos, amb l'excusa que abans no ha estat provada la possibilitat de retornar-lo amb la seva família al seu país. Aquesta previsió legal, a banda dels problemes de constitucionalitat plantejats, genera una situació d'alegalitat que impedeix l'accés a determinades prestacions i cursos formatius, per la qual cosa, s'hauria de considerar títol documental de la residència legal, no ja el permís de residència expedit pel Ministeri d'Interior, sinó la declaració de desemparament del menor, que *ex lege* té efectes declaratius de residència legal del menor i pot evitar la negativa d'assistència a les necessitats assistencials i formativo-laborals del menor.

3. La inconstitucionalitat de la condició general d'haver intentat la repatriació com a condició general per a la residència del menor.

Al marge de la qüestió anterior del termini estricte per al lliurament del permís de residència, l'art. 35 LODILE i el seu desenvolupament pel Reglament, conté un altre conjunt de normes molt més perilloses des del punt de vista dels drets dels menors, dirigit a procurar el seu retorn al país d'origen amb caràcter general. Si el precepte legal pot fregar la inconstitucionalitat, per vulneració dels Tractats internacionals --indirectament constitucionalitzats, com sabem-- que atorguen protecció als menors sense família (i per tant prohibeixen la seva expulsió) el seu ampli desenvolupament per l'art. 62 del Reglament d'execució de la llei distorsiona clarament la configuració legal de la tutela i resulta contrari a les lleis que la regulen. Com a tal, ha de ser inaplicable pels Jutges, que a més

podran elevar qüestió de legalitat, o bé ser recorreguda directament per a la seva declaració d'il·legalitat per part del Tribunal Suprem.

L'art. 35.3 LODILE planteja que la detecció d'un menor col·loca l'Administració davant una doble alternativa, decidir la seva permanència a Espanya, d'acord amb totes les condicions que hem examinat, o resoldre que sigui retornat al seu país d'origen o aquell on es trobin els seus familiars. L'alternativa ve emmarcada per tres trets: es justifica en el principi de reagrupament familiar del menor, s'estableix l'emissió d'un informe previ dels serveis de protecció de menors però la decisió s'atribueix a l'Administració i es fixa que la regla general serà el retorn, atès que permet la decisió de l'administració sobre la permanència com "en defecte" d'aquell. Val la pena considerar la literalitat del precepte:

“La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.

Aquest text relativament breu ha estat desenvolupat àmpliament per l'art. 62.4 del Reglament d'execució citat (en endavant, RELODILE), que afegeix els següents elements destacats, quasi textualment:

- El procediment s'iniciarà d'ofici per l'Administració General de l'Estat o a proposta de l'entitat pública que exerceixi la tutela del menor.
- Aquesta comunicarà a l'autoritat governativa tota la informació de què disposi sobre la identitat del menor, la seva família, el seu país i el seu domicili, així com les gestions que hagi realitzat en aquest sentit.

- Les delegacions i subdelegacions del Govern són les competents per realitzar els tràmits de repatriació d'un menor estranger en situació de desempara, declarat d'acord amb la legislació civil, actuant per mitjà de les Brigades Provincials d'Estrangeria i Documentació, que es posaran en contacte amb la Comissaria General d'Estrangeria i Documentació perquè realitzi les gestions necessàries davant les Ambaixades i Consolats, a fi de localitzar les famílies dels menors o, en el seu defecte, els serveis de protecció de menors del país d'origen. És a dir, la repatriació serà acordada pel Delegat o Subdelegat i executada per la policia.
- Localitzada la família o el servei de protecció de menors del país d'origen, es procedirà a la repatriació després de verificar que no existeix risc o perill per a la integritat del menor, de la seva persecució o dels seus familiars.
- Si el menor es trobés incurs en un procés penal, la repatriació restarà condicionada a l'autorització legal.
- Transcorreguts nou mesos des que el menor es troba a disposició dels serveis de protecció de menors, si la repatriació no ha estat possible, es procedirà a atorgar-li el permís de residència referit a l'art. 35.4 LODILE, com ja hem vist abans.

Tot i que són molts els elements de la LODILE i del seu reglament que semblen vulnerar o almenys restringir els drets dels menors reconeguts en els Tractats internacionals, i per tant amb rang constitucional a tenor de l'art. 39.4 de la pròpia Constitució, el tractament extens que he realitzat en la part anterior d'aquest informe sobre els drets dels menors em permet abordar sumàriament aquestes limitacions.

Malgrat tot, cal subratllar el sentit enganyós de la referència legal al "principi de reagrupament familiar del menor", perquè tot i que és obvi que la solució ideal de la majoria dels problemes d'un menor, en igualtat de condicions, és la permanència en el si familiar, en moltes ocasions això no és possible, bé perquè la família no ofereix les condicions necessàries per a la seva atenció, bé perquè inclús es tracta de protegir el menor davant la seva pròpia família; aquestes previsions es troben en els tractats i les lleis espanyoles i catalanes, i en cap d'elles, en canvi, es reconeix un dret absolut al reagrupament familiar. Per aquestes raons, no existeix, parlant estrictament, un principi de reagrupament familiar del menor. Com ja s'ha dit, el principi superior és l'interès del menor, i a les últimes declaracions internacionals, s'ha afegit la consulta al menor a partir dels 12 anys, i sumant ambdós aspectes s'ha arribat a l'interès superior del menor conforme a les intencions expressades pel mateix menor, de tal manera que en el supòsit que ens ocupa dels menors immigrants, justament caracteritzats per la llunyania de la família, el principi recollit a l'art. 35.3 LODILE es enganyós, sembla destinat a justificar expulsions encobertes, com de seguida veurem, i ha de ser substituït, o almenys subordinat, al principi de l'interès superior del menor deduït de les seves pròpies manifestacions.

Aquesta necessitat apareix amb una major claredat quan el dilema que la llei planteja a l'administració, que ha de resoldre entre el retorn del menor al seu país d'origen i la permanència a Espanya, que a l'incís final del precepte es qualifica com "en defecte" d'aquella, suggerint que la regla general serà el retorn i només qual aquell no pugui realitzar-se ("*en su defecto*") s'acceptarà la permanència del menor. Aquesta conclusió resulta directament vulneradora del principi de l'interès superior del menor, i més complementat per l'expressió dels seus sentiments, perquè pot ser que, inclús localitzada la seva família, l'interès del menor no passi pel seu retorn. A priori, aquesta ha de ser inclús la

interpretació en la majoria dels casos, atès que la seva decisió d'emigrar explica clarament la voluntat del menor.

La vulneració dels principis internacionals i constitucionals queda revelada palesament pel desenvolupament reglamentari, que converteix tot el retorn del menor en un assumpte exclusivament policial de repatriació-expulsió. Així, veiem que tota la informació la concentra la policia, que la iniciativa de recerca de la família és duta a terme per les Brigades Provincials d'Estrangeria i Documentació, que es posaran en contacte amb la Comissaria General d'Estrangeria i Documentació perquè realitzi les gestions necessàries davant les Ambaixades i Consolats, i que la decisió última correspon al Delegat o Subdelegat provincial del govern i és executada per la policia. És a dir, és exactament igual que l'expulsió per a l'estranger adult que no disposa de permís de residència, només canvia el mot "expulsió" per "retorn" (a la llei) o "repatriació" (en el reglament), cosa que sembla clarament vulneradora dels Tractats Internacionals, assumits a més per la mateixa Constitució.

La intenció d'expulsar tots els joves immigrants en situació de desemparament revesteix ja tota la seva claredat quan el reglament equipara la localització de la família del menor amb la del "servei de protecció de menors" del país d'origen (62.4, 4º i 5º paràgrafs), localització que ordena fer a l'Ambaixada d'Espanya i que sens dubte aquesta la farà!. ("una vegada localitzada la família del menor, o, en el seu defecte, els serveis de protecció de menors del seu país, es procedirà a la repatriació...")

Per últim, la consideració exclusiva de l'ordre públic com a motivació superior per al retorn o repatriació del menor s'observa en el fet que la decisió correspon al Delegat o Subdelegat i té el seu únic límit, segons el mateix reglament, en què no existeixi risc o perill per a la integritat del menor, de la seva persecució

o la dels seus familiars, quan és evident que l'interès del menor de romandre a Espanya pot derivar d'altres molts motius menys greus que patir persecució en el seu país. El criteri per a la decisió del Delegat és, doncs, estricte i terrible, perquè només es concedirà si existeix persecució, equiparant-la a l'existència de causes per al dret d'asil: localitzada la família o el servei de protecció de menors del país d'origen, decidirà la repatriació sempre, tret que existeixi perill de persecució del menor o de la seva família. És cert que el Delegat o el Subdelegat rebrà un informe del servei autonòmic de protecció de menors i que donarà audiència al menor, però la normativa examinada fins ara no deixa marge de decisió al Delegat per negar-se al retorn del menor (malgrat que l'informe sigui favorable a la seva permanència i també aquesta sigui la voluntat del menor).

La regulació mereix algunes consideracions addicionals, perquè la mesura de retorn o repatriació dels menors de l'art. 35 LODILE és a la vegada sibilina i greument atemptatòria de la protecció del menor per la Constitució i els Tractats internacionals.

El punt de partida ha de ser que la mesura de retorn de menors prevista a l'art. 35 LODILE no pot ser una mesura d'allunyament d'estrangers, tal i com aquestes es troben dissenyades a la legislació d'estrangeria. Per començar, existeix una raó teleològica que impedeix assimilar el retorn de menors a les mesures d'allunyament, perquè l'expulsió i la resta d'aquestes mesures tenen unes finalitats molt clares de realització i assegurament de les polítiques de control de fluxos migratoris o en els casos d'infraccions més greus de l'ordenament jurídic, l'expulsió té per finalitat la protecció de l'ordre i la seguretat públiques; en canvi, la mesura de retorn de menors resta subjecta al superior interès del menor.

En segon lloc, l'expulsió és una sanció, i com a tal, té prohibida la seva aplicació als menors per l'art 20 i concordants de la Convenció de l'Infant tantes vegades citada. És lògic, a més, que no es pugui imposar-se als menors perquè no té finalitat reeducativa sinó, pel contrari, només conseqüències negatives per a l'estatut del menor. En aquestes circumstàncies, el retorn de menors no entra dins els supòsits habilitants de cap mesura d'allunyament d'estrangers i fins i tot va arribar a ser prohibida expressament per l'anterior Reglament d'estrangeria de 1996 al seu art. 13.

A més, tampoc no pot considerar-se un supòsit nou de retorn o devolució, doncs la regulació procedimental de les mesures d'allunyament mencionades és absolutament inadequada per a menors. La devolució i el retorn estan dissenyades per a ser resoltes en procediments molt breus i executades immediatament, les seves garanties són mínimes, no satisfan els requisits necessaris per allunyar als menors i les formes d'execució greument intrusives per als menors. L'expulsió inclou una mesura d'internament d'estrangers i una prohibició d'entrada i res no assegura en aquests procediments que un cop executada la mesura el menor es trobarà a les mans de la seva família o d'una institució tutelar adient.

Si s'atén a les característiques comunes de les mesures d'allunyament, les seves finalitats, els béns jurídics protegits i als seus principis estructurals i procediments resulta evident que no són adequades per als menors indocumentats no acompanyats. En realitat, el "repatriament de menors" no és una mesura d'allunyament pròpia de les polítiques migratòries sinó un altre tipus de mesura: una mesura de protecció del menor, de reintegració del menor a un entorn social i familiar més adequat, i per tant una mesura sòcio-educativa o *terapèutica*. Solament pot ser admesa quan presenti aquest caràcter.

El principal problema d'aquesta interpretació, és que xoca amb una regulació a l'art. 35 LOIDILE que reconeix un ampli poder discrecional a l'autoritat governativa per a la decisió sobre la repatriació de menors, regulació que no recull l'informe dels serveis de protecció de menors com a dictamen vinculant per a l'autoritat governativa, quan és l'únic element de referència per a determinar el suprem interès del menor, junt a la seva pròpia declaració. Ans al contrari, aquesta regulació i el seu desenvolupament reglamentari privilegia el retorn dels menors al seu país per sobre de l'interès dels mateixos, trencant el principi internacional i constitucionalment reconegut de supremacia de l'interès del menor, que pot ser oposat a la seva repatriació.

L'altre problema que presenta la regulació de l'art. 35 LODILE és d'ordre procedimental, i és la dificultat que planteja la reconstrucció del procediment a partir dels elements i les garanties establertes al precepte, que amb dificultats compleixen els requisits de reserva material i formal de llei per als procediments potencialment restrictius dels drets, exigida pels arts. 53.1 CE, 25.1 CE, 105.c) CE. El punt de partida és que el menor es troba sota la tutela de la Direcció General de la protecció de menors de la CA, i aquesta es regeix en tota la seva actuació per l'atenció i cura especials cap al menor que imposen els Tractats internacionals i la Constitució espanyola; d'aquesta situació és arrencat per la policia, executant la decisió de repatriació adoptada pel Delegat del govern, amb els estrets límits que hem contemplat. Si per a qualsevol limitació dels drets del menor, l'administració tutelant ha d'obtenir una autorització del Jutge, com no ha de ser necessària per decidir la repatriació? Curiosament, l'autorització judicial es preveu quan el menor es trobi processat per algun delictes, òbviament en benefici de la persona perjudicada, i tanmateix no figura per protegir els drets del menor no processat, que sens dubte es veuran afectats per la repatriació. Una regulació legal del procediment de repatriació que no

conté les garanties essencials dels drets dels menors no sembla ajustada a la Constitució ni als Tractats internacionals.

Finalment, és evident que el retorn de menors al país d'origen -quan sigui legítim- no pot ser una mesura d'aplicació aïllada, i caldrà acompanyar-la d'altres mesures per prevenir la tornada del menor, amb un nou risc per a la seva vida. En aquest sentit, caldria assegurar-se que el menor retornat disposarà d'una sèrie de prestacions al seu país d'origen per a desenvolupar-se com a persona: formació, ocupació, ingressos mínims, etc.. Molt especialment és necessari garantir que les condicions del servei d'atenció als menors al seu país compleixi les condicions mínimes.

4. L'accés dels Menors Immigrants Desemparats al món laboral i els problemes per a l'obtenció del permís de treball.

Els menors tutelats per l'Administració tenen, com hem vist, un permís de residència, però fins als setze anys no poden realitzar activitats laborals i estan subjectes a escolarització obligatòria, la qual cosa no impediria *-lege ferenda-* la realització d'activitats de formació professional i la remuneració mitjançant algun sistema de beques, per a cobrir parcialment l'objectiu que els va conduir a immigrar. A partir dels 16 anys, d'acord amb l'art. 9.3 LODILE, tenen dret a continuar la seva educació no obligatòria en les mateixes condicions que els nacionals, així com a l'obtenció dels títols corresponents i a l'accés a les beques i ajuts, si bé no sempre en condicions de gratuïtat si no és que així s'ofereix als nacionals⁷.

⁷ L'educació no obligatòria a partir dels 16 anys comprèn el batxillerat (2 cursos) y la FP específica de grau mig; pot excloure's la FP de grau superior i la Universitat, perquè els alumnes que accedeixen a la mateixa ja han assolit els 18 anys. L'art. 66.2 LOGSE reconeix "la igualdad de oportunidades en la enseñanza postobligatoria será promovida, asimismo, mediante la adecuada distribución territorial de una oferta

En molts casos, l'objectiu dels menors immigrants serà obtenir una capacitació laboral, de forma que entre el batxillerat i la formació professional (FP) és aquesta última l'opció més adient per a les seves necessitats i objectius laborals. La Formació Professional⁸ permet una formació dirigida a exercir un ofici, està coberta pel dret citat a l'educació i l'Administració no pot denegar l'accés a la mateixa si la seva capacitat i rendiment escolars són suficients, ans al contrari, podrien beneficiar-se d'un sistema de beques i ajuts per a compensar les condicions socio-econòmiques desfavorables (art. 65 LOGSE). El desavantatge d'acudir a la FP per a la preparació laboral és que aquesta pot ser excessivament genèrica, però sobretot, la seva finalització pot requerir uns quants anys, quan aquests menors no disposen de tant de temps, no només per raons de capacitat o econòmiques, sinó també jurídiques, doncs si no tenen un permís de residència permanent per a residir a Espanya, quan arribin als 18 anys hauran de treballar per disposar d'un permís de treball que els permeti continuar residint al territori espanyol i no incórrer en irregularitat. A més, les pràctiques no solen ser remunerades i no asseguren la possibilitat d'una oferta de treball.

Per totes aquestes raons, podria ser convenient que els menors immigrants tutelats per l'Administració poguessin accedir al mercat de treball o a una formació laboral. Cal, doncs, determinar si els menors immigrants tutelats per les Administracions públiques gaudeixen del dret d'accés als cursos de formació laboral oferts pels serveis de col·locació de les Administracions Públiques (INEM i homòlegs autonòmics) si tenen una edat compresa entre els 16 i 18 anys.

suficiente de plazas escolares". La qual cosa implica polítiques públiques actives i un sistema eficient de beques i ajuts escolars per assegurar la igualtat d'oportunitats (art. 66.1 LOGSE).

⁸ Juntament a la *formació professional ocupacional*, competència de l'Administración laboral, que és la que s'ha comentat abans, es troba la *formació professional reglada* (bàsica i específica) prevista per la LOGSE, sobre la qual té competència el departament educatiu de la CA. No obstant, i malgrat que atribuïdes

En primer terme, el dret reconegut a l'art. 14.1 LODILE a accedir als “serveis de la Seguretat Social” en combinació amb el principi d'igualtat (“*en las mismas condiciones que los españoles*”) obliga a admetre els estrangers residents a Espanya a tots els cursos de formació ocupacional de l'INEM o dels organismes autonòmics que hagin assumit aquesta competència. L'exigència del permís de treball per a la realització d'aquests cursos, per tant, ha de considerar-se un requisit inadmissible a la llum de l'art. 14.2 LODILE i del principi d'igualtat respecte als menors nacionals. És més, Tractats i lleis estatals i autonòmiques exigeixen als poders públics facilitar l'accés dels menors immigrants a tots els recursos socials disponibles, per assegurar la igualtat d'oportunitats amb la resta de nens i adolescents.

En segon terme, l'art. 14.2 LODILE reconeix el dret dels estrangers residents als serveis i prestacions socials en igualtat de condicions amb els espanyols, i per tant a la “acció protectora” de l'art. 206.2 TRSS de *formació professional ocupacional*, diferent de la *formació professional reglada* de la LOGSE, realitzada per l'INEM (art. 226 TRSS i art. 2 RD 1458/1986), o les CCAA que hagin assumit el traspàs corresponent. Per als casos en què encara no hi ha relació laboral concreta sinó només expectatives de que amb una millora formativa es materialitzi l'oferta de treball, els joves que desitgin incorporar-se per primera vegada al mercat de treball, o intentin la seva reconversió professional o als aturats inscrits a les *Oficinas de Empleo* (art. 14 Ley Básica de Empleo de 8 d'octubre de 1980 –LBE-) han de poder accedir en igualtat de condicions amb els nacionals a les prestacions ofertes per l'Administració.

funcionalment i orgànicament a departaments, se sol considerar que obeeixen a objectius formatius comuns i que entre elles existeix una estreta interrelació, almenys en teoria.

A Catalunya, la *Resolució de 19 de maig de 2000 sobre accés dels menors tutelats als programes de formació laboral*, a més d'imposar a l'Administració la intermediació laboral dels menors tutelats, ha remogut els obstacles a l'accés a aquestes prestacions, si bé sota determinades condicions, doncs:

- a) els menors immigrants indocumentats però tutelats per la DGAM podran accedir a programes de formació professional ocupacional i d'orientació del Departament de Treball, sempre que compleixin els requisits dels programes i hagin iniciat els tràmits per acreditar la identitat i obtenir el permís de residència;
- b) els menors immigrants que vulguin accedir a programes de foment de l'ocupació inclosos a l'*annex* de la Resolució, que comporten la contractació laboral del menor de més de setze anys, hauran de disposar de permís de treball.

En el cas concret de joves immigrants, el seu accés en condicions d'igualtat als cursos oferts per l'INEM (arts. 1 i 3 del Reial Decret 631/1993) així com la inclusió a les Escoles Taller i Cases d'Oficis (Ordre de 3 d'agost de 1994) no poden ser obstaculitzades per disposicions infralegals que imposin condicions no exigides als nacionals, com és un permís de treball, perquè venen prohibides pels Tractats internacionals citats, malgrat que de vegades la vulneració es realitza per reglaments del mínim rang normatiu.

A Catalunya, l'aproximació als principis del dret internacional ve facilitada per la Llei 8/1995 de Catalunya d'Atenció i protecció dels nens i adolescents (art. 57):

1. Les Administracions públiques hauran de fomentar, mitjançant els programes d'ajut corresponents, la integració efectiva a la societats dels nens o els adolescents fills d'immigrants.
2. Els poders públics han d'*afavorir l'accés dels fills menors d'edat d'immigrants a totes les institucions i recursos socials disponibles*, per assegurar la igualtat d'oportunitats amb els altres nens i adolescents.

Existeix, a més, una raó extrajurídica molt important per a sostenir la necessitat de reconèixer l'accés als cursos de formació professional ocupacional pels menors situats entre els 16 i els 18 anys: la necessitat de renovar el permís de residència un cop es trobin fora de la tutela administrativa. Si els menors tenen un permís de residència permanent, aquest els autoritza per a residir, treballar i gaudir de cursos formatius sense haver de demanar permís de treball, però habitualment, els permisos de residència de què gaudeixen aquests menors seran permisos de residència temporals renovables. Un cop un menor assoleix la majoria d'edat i no ha disposat mai de permís de treball, pot passar que l'Administració li denegui el permís de treball i no pugi mantenir-se econòmicament ni renovar el seu permís de residència, doncs per a renovar-lo ja no pot al·legar la seva situació de desemparament. El motiu per a renovar el permís de residència no pot ser altre que el treball per compte propi o aliè.

És a dir, a partir dels 18 anys, l'estranger es veurà constrenyit a treballar per a poder renovar la residència, en aplicació del règim general d'estrangeria. La realització de cursos formatius i l'accés a un permís de treball abans dels 18 anys asseguren la posterior residència, que es podrà simplement renovar si es mantenen les condicions que van originar la concessió del permís objecte de renovació.

En definitiva, la denegació de l'accés de joves marroquins a cursos formatius de l'INEM o dels seus homòlegs autonòmics (serveis de seguretat social), així com a cursos prelaborals per a grups en risc d'exclusió social (serveis socials assistencials) o l'exigència de permís de treball per a la inscripció en el INEM i l'accés a aquests cursos suposa un obstacle no previst per la LODILE ni per la legislació especial de menors, que els situa en inferioritat de condicions respecte els menors desemparats nacionals, en contra del principi d'igualtat i de la possibilitat d'integrar-se a la societat d'acollida.

5. El dret i l'obligació d'escolarització dels menors de 16 anys.

Donat que l'accés al món laboral és essencial per assegurar el futur dels MID un cop assoleixin els 18 anys, cal dissenyar el seu aprenentatge en aquest sentit. Actualment, els MID en acolliment institucional es troben amb l'obligació d'acudir al col·legi per a rebre l'educació obligatòria (ESO), i només quan arriben als 16 anys i es troben encara sota tutela administrativa poden acudir a cursos de formació laboral no reglada, tot i que en no tenir permisos de treball no poden després treballar ni inclús realitzar les pràctiques necessàries per a obtenir la titulació que donen aquests cursos.

L'escolarització obligatòria als menors situats entre els 6 als 16 anys és objecte de rebuig per aquests menors immigrants en la mesura en que no es troba entre les finalitats del seu projecte migratori, que passa per treballar i no per estudiar, els exigeix uns esforços i una disciplina a les quals no es troben habituats i, segons com estigui dissenyada la seva incorporació al sistema educatiu, pot ser que trobin absolutament impossible l'adaptació o incomprendibles les matèries d'estudi. L'ideal seria dissenyar un sistema que prengui en compte l'edat en què han arribat a Espanya, però és evident que entre els 14 i els 18 la intervenció

educativa no podrà educar-los amb la pretensió de que s'equiparin als nens de la seva edat dins la ESO, per tant una escolarització mínima serà suficient i en canvi resultarà clau donar-los formació laboral.

Es podria flexibilitzar el sistema ESO per a fer-lo compatible amb la formació laboral no reglada, i obrir els cursos d'aquesta a menors a partir de 14 anys per a que s'integrin al món laboral i en arribar als 18 anys puguin ser independents. Si es vol establir aquests menors també caldrà cobrir les necessitats d'ingressos econòmics que van motivar el seu projecte migratori, de forma si es vol indirecta (beques, remuneració per objectius, etc...). De fet, això es practica ja en alguns centres de internament de Justícia de Menors.

La proposta fa referència a l'edat compresa entre els 14 i els 16 anys. La primera edat era l'antiga edat fins on l'ensenyament, abans de la LOGSE, era obligatori i pel que fa als 16 anys és el límit legal per treballar tal com marca l'Estatut dels Treballadors. Aquí es troba el conflicte entre la norma i la voluntat dels menors que volen treballar abans d'arribar als 16 anys.

En canvi, es considera que els menors de 14, donada la seva jove edat, han d'ésser escolaritzats tot i la seva voluntat en contra, si bé cal insistir en la necessitat de que l'educació compensatòria actuï de manera eficaç perquè puguin assumir els objectius de la LOGSE i, alhora, garantir la seva integració, començant per la seva aula i el seu col·legi.

Però a partir dels 14 anys hi hauria una segona possibilitat, complementària amb l'escolarització. En un horari partit de matí i tarda, a més de rebre ensenyament formal podrien tenir una formació molt orientada al món laboral. El model que potser s'hauria d'adoptar fora el de la Formació Professional Ocupacional que, atesa la seva flexibilitat, creiem que podria donar la formació apropiada alhora

que seria una manera d'inserir-se en el món laboral. A més, els menors podrien cobrar mitjançant beques o figures similars. Així, per exemple, plantegem la possibilitat que un noi de 15 anys anés pels matins amb la resta dels seus companys a l'institut on cursés els mateixos estudis (ESO) però d'una manera reduïda (ja sigui amb menys assignatures o amb menys càrrega lectiva). Per la tarda, podria formar part d'un programa de Formació Professional Ocupacional on aprengué la professió de fuster per poder treballar-hi en aquesta especialitat.

Això es faria gràcies a l'adaptació que l'article 37 de la LOGSE possibilita: "els centres hauran de contar amb la organització escolar i realitzar les adaptacions i diversificacions curriculars necessàries per facilitar als alumnes (amb necessitats educatives especials, nee) la consecució dels objectius indicats (els objectius propis de l'ESO). A Catalunya són diverses les normes que fan referència a aquesta adaptació. El decret 96/1992 de 28 d'abril, (DOGC nº 1593 de 13 de maig de 1992) en el seu article 17 estableix que els projectes curriculars elaborats pels centres (es tracta d'un nivell major de concreció adequat a la realitat de cada centre) hauran d'ésser el suficientment flexibles per permetre concrecions individuals adaptades a les característiques, els ritmes d'aprenentatge i singularitats de cada alumne, amb l'objectiu que puguin acomplir els principis d'integració i individualització propis de l'atenció als alumnes amb necessitats educatives especials.

L'ordre de 3 de juny de 1996 (DOCG 7 de juny de 1996), en el seu article 16, estableix que en el supòsit d'alumnes amb nee subjectes a adaptacions del currículum que no suposin modificacions significatives i essencials, relatives a la distribució temporal dels continguts o a la graduació d'objectius, l'avaluació es realitzarà d'acord amb el que prevegin les mateixes adequacions. En el cas en els quals les adaptacions impliquin canvis significatius i essencials del currículum es necessitarà autorització del Departament d'Ensenyament.

Per últim, repetint, però també concretant, tot això l'ordre de 24 de novembre de 1998 (DOCG 18 de gener de 1999) parla del procediment per a l'autorització de modificacions d'elements prescriptius del currículum. Defineix què entén per adaptació curricular individualitzada: serà el conjunt de precisions i canvis en els components del projecte curricular del centre o de la programació a fi d'adequar-se a la resposta educativa a les necessitats educatives especials de l'alumne. Es contemplen tres tipus de modificació, i un d'ells és la introducció de canvis significatius en els objectius i continguts d'una o més àrees de l'etapa o bé en la distribució de crèdits comuns i variables. L'avaluació es farà en funció del canvi d'objectius. L'ordre enumera els alumnes que poden veure el seu currículum modificat individualment i es parla de trastorns conductuals greus que es manifestin en una inadaptació marcada i continuada en l'entorn escolar. La durada dels cicles podrà ser ampliada o reduïda. I també es podran modificar les àrees o la distribució dels crèdits. De la normativa catalana es desprèn la flexibilitat que ha de primar perquè els alumnes amb nee puguin integrar-se i obtenir els objectius de la LOGSE. Val a dir que, a part de tenir el currículum adaptat, aquests alumnes necessitarien també els recursos existents de l'educació compensatòria.

Per una segona classe de menors que pel seu nivell els sigui molt complicat el seguir en centres ordinaris el curs, tot i les modificacions curriculars, proposem la creació de centres d'educació especial per als alumnes amb necessitats educatives especials (nee) derivades de condicions socioeconòmiques desfavorides a fi que amb un altre règim també puguin assolir els objectius de la LOGSE. En tot cas, cal recordar que el decret que regula l'educació dels alumnes amb nee ha de referir-se també a les derivades de condicions socioeconòmiques desfavorides.

I, per últim, per a aquells menors que el seu nivell d'escolarització prèvia sigui molt baix i no poden de cap manera seguir els objectius de la LOGSE proposem una escolarització molt bàsica per tractar de superar aquests dèficits (analfabetisme, manca d'hàbits bàsics,...) preveient la possibilitat que pugessin incorporar-se al circuit de la LOGSE. Amb aquesta proposta volem garantir l'escolarització de tots el MID, adaptant aquesta als objectius inicials immigratoris, sabent que tot i que l'escolarització no sigui la seva voluntat potser l'acceptaran amb més motivació pel fet de tenir els cursos-feina de la formació ocupacional.

	GENERAL	ADAPTAT	ESPECIAL
-14	-ESO	-ESO	-Centres especials
14 a 16	-ESO	-ESO adaptada i FPOcupacional	-Centres especials
16 a 18	-BAT/FP -Treballar	-FP Ocupacional -Treballar	-FP Ocupacional -Treballar
+18	-FP/Universitat -Treballar	-Treballar	-Treballar

6. Les potestats de les Administracions Públiques sobre els menors. Especial consideració a les mesures restrictives de llibertat.

Un dels principals problemes respecte als menors immigrants desemparats és la determinació de l'abast del seu dret a la llibertat personal, principalment en

relació a la potestat dels guardadors-tutors d'adoptar decisions limitatives de la llibertat personal del menor i també en relació a la possibilitat d'adoptar mesures d'internament en Centres de règim tancat.

Pel que fa a la primera qüestió, val a dir que l'art. 268 Cc. reconeix als tutors potestats de correcció raonada i moderada envers els menors, així com el dret a demanar auxili a l'autoritat per a l'exercici de les seves funcions. Complementàriament, els menors han de respectar i obeir el tutor. Entre les possibilitats correctives i preventives del menor es troba la de prendre en determinades ocasions algunes mesures limitatives de la seva llibertat personal, com càstigs consistents en el tancament temporal a la seva habitació, etc...

Qüestió diferent és la possibilitat d'internar a un menor immigrant desemparat a un Centre de règim tancat. L'art. 10 de la Llei catalana 11/1985, de Protecció de Menors, estableix el principi general de l'autorització judicial per a la limitació dels drets i garanties en règim de protecció. I l'art. 53 de la mateixa Llei, en el Títol específic de prevenció de la delinqüència infantil i juvenil, fixa el criteri que l'internament del menor serà sempre el darrer recurs a emprar i només podrà acordar-se quan no sigui possible utilitzar cap altra mesura. Afegeix que l'estada del menor, en el centre d'internament, tindrà sempre un caràcter provisional i haurà de procurar-se que sigui el més breu possible, mandats aquests (provisionalitat i brevetat) que en alguns casos semblen xocar amb un pla consistent d'educació i formació, però que justament per establir-se com a principi han de considerar-se adaptables als objectius del pla educatiu, que ha de primar, tal com deriva de l'art. 24 de la mateixa Llei: *“El tractament de la delinqüència infantil i juvenil té un caràcter fonamentalment educatiu...”*. La mateixa filosofia pot regir el funcionament dels centres de règim semi-obert (art. 38.2º). La legislació sembla, per tant, optar per una graduació de les mesures d'internament en centres en funció de les causes que justifiquen la intervenció

pública, reservant l'internament en centre tancat per a les situacions més greus, per a menors delinqüents, alienats o greument afectats per algun tipus de trastorn o alteració de conducta o en relació a menors conflictius que es resisteixin a les mesures de protecció ordinàries.

La LO 5/2000 de Responsabilitat Penal del Menor (LORPM) només admet l'internament de menors en centres de règim tancat quan es tracti de joves (més de dotze anys) que hagin comès delictes amb violència o intimidació sobre les persones amb greu risc de la vida o de la integritat física de les víctimes. Els menors delinqüents poden ser internats a una institució terapèutica en aplicació de l'art. 7 LORPM, però si no han comès cap delictes cal acudir als arts. 211 i 271 Cc. per a l'internament amb autorització judicial del menor a un centre de salut, amb o sense declaració prèvia d'incapacitació, quan aquest pateixi malalties mentals, alcoholisme, addicció a les drogues...

Sota el règim de la Llei catalana 11/1985, de Protecció de Menors, que ha d'adaptar-se o reinterpretar-se d'acord amb la LORPM, recordem que el tractament institucional a centres de règim tancat només s'aplica a menors amb més de tretze anys que hagin comès una infracció greu i presentin un important trastorn del comportament evidenciat per un alt grau d'agressivitat que impedeixi el seu tractament a qualsevol altre tipus d'instal·lació (art.38.3º).

Quant a l'internament preventiu del menor, és possible a un centre educatiu especial sota autorització judicial a instància del tutor (art. 271 Cc.), però aquesta previsió correspon a un sistema diferent, de tutela ordinària. Al nostre règim, la Llei catalana 11/1985 només preveu l'internament preventiu quan es tracti de menors de més de deu anys que presentin conductes que permetin preveure un alt risc de comissió d'infraccions penals (art. 47), però a continuació

l'art. 51 de la mateixa Llei només admet l'internament preventiu a centres de règim obert, i com a darrer i provisional recurs en absència d'altres mesures.

El problema d'aquestes darreres mesures i d'altres d'internament preventiu de menors en règim tancat, és el perill d'inconstitucionalitat a la llum de la jurisprudència constitucional sobre mesures de seguretat (STC 21/1987, STC 23/1986 i 25/1993). També és cert que el Tribunal Constitucional ha reconegut que la finalitat protectora de la infància justifica un tractament diferent i desigual però més beneficiós o favorable al menor (STC 55/1994). També ha reconegut un marge més ampli al Legislador en la regulació del sistema de justícia penal de menors quan aquest va apoderar els Jutges amb amplis poders per a la determinació de les mesures aplicables als menors infractors (STC 36/1991).

Això suposa que el grau d'ingerència sobre els menors trobi una cobertura legal molt precària que explica les vacil·lacions dels guardadors per prendre determinades mesures com, per exemple, la privació de llibertat inicial, la qual cosa afavoreix la fugida dels menors i l'alt grau de fracàs en la fase inicial de protecció d'aquest tipus de menors. En tot cas, al marge del recurs al règim tancat en els supòsits més greus de Justícia juvenil i intervenció mèdico-terapèutica, la intervenció general sobre els MID s'ha de dissenyar de forma que els propis menors renunciïn a determinats aspectes de la seva llibertat per a gaudir d'altres avantatges educatius i formatius, d'allotjament, laborals o fins i tot econòmics, en un procés negociat d'integració als circuits de protecció de menors. Però això requereix previsions més clares de règim semi-obert o obert amb autoritat suficient dels directors dels centres per garantir la dedicació dels MID a la formació educacional i professional.

7. Altres qüestions.

Al costat de les previsions de l'article 35 LODILE sobre la repatriació i el reconeixement de la residència dels menors immigrants sotmesos a tutela administrativa, el mateix precepte aborda dues altres qüestions expressament dirigides als menors immigrants del carrer. La primera és la determinació de la minoria d'edat (art. 35.1), en cas de dubte, que es fa de tal manera que suposa la utilització de la prova radiològica del canell, mètode molt criticat als països amb més experiència que el nostre -entre d'altres raons, pel grau d'error que admet- si bé amb manca d'alternatives clares. La segona és la previsió de la identificació dels que siguin indocumentats -quasi tots, a la pràctica- pels Cossos i Forces de Seguretat, la qual cosa és realment necessària per realitzar la coordinació entre les diferents administracions autonòmiques, nacionals i internacionals, donada la mobilitat d'aquests joves que ja he comentat com una de les seves característiques, però s'hauria de portar a terme dintre de tot el procés de protecció del menor.

IV. ALGUNES LÍNIES GENERALS PER A LA REFORMA DE L'ATENCIÓ ALS MENORS IMMIGRANTS DEL CARRER.

1. Una orientació general per a les reformes legals i les polítiques públiques destinades als menors immigrants.

Com s'ha exposat, el sistema actual d'intervenció sobre menors immigrants pateix una sèrie d'ineficiències greus que amenacen la seva funcionalitat a curt i mig termini. Per aquesta raó, convé replantejar-se en profunditat el model d'intervenció sobre aquests menors i assajar d'elaborar una proposta que assenti

les bases per afrontar aquesta part del fenomen migratori que sembla consolidar-se i fins i tot augmentar.

Com s'ha vist, els menors immigrants no encaixen bé en el sistema general d'intervenció sobre menors (protecció de menors i/o de justícia juvenil) no només per problemes i disfuncionalitats generals a tot el sistema de menors (manca d'establiments i centres d'atenció especialitzada, deficiències d'altres mitjans materials i humans, descoordinació entre justícia juvenil i protecció de menors i amb la resta d'institucions, etc.), sinó també perquè algunes de les seves característiques personals així com algunes previsions legals específiques, poden ser adequades per a menors nacionals però no per als immigrants i les situen en una posició dolenta per aprofitar inclús als serveis existents. Entre les característiques personals, hi ha la manca de família i amics, un projecte migratori inadequat, una desconfiança extrema envers de totes les autoritats, desconeixement de l'entorn i de la llengua... i entre els mandats legals adients per a la població autòctona però no per ells destaca la prohibició de treball i l'escolarització obligatòria fins als 16 anys, les dificultats per obtenir permisos de residència i treball i d'altres.

En atenció a aquestes circumstàncies, s'hauria de considerar el disseny d'un programa d'intervenció sobre els menors que subsanés les deficiències apuntades, sobretot sent més realista, i en especial tenint en compte l'alt grau de rebuig respecte a dues formes d'intervenció habituals sobre ells: la denegació de l'accés al món laboral abans dels 16 anys per causa de l'escolarització obligatòria i l'articulació de tota intervenció sobre ells en base a un sistema residencial poc eficaç.

El mateix realisme requeriria una connexió molt més eficaç entre les normes de la Constitució, dels Tractats, i de moltes drets amb les polítiques públiques

existents, evitant l'actual distància entre unes proclamacions molt humanistes i generoses i la realitat que les ignora.

La Constitució i els Tractats no introdueixen una igualtat exacta entre els menors estrangers i els nacionals, però gairebé, i en tot cas prohibeixen la discriminació per raó de nacionalitat respecte a qualsevol dels drets reconeguts expressament, que s'han estudiat ja amb cert detall. Més importants encara són els trets del règim jurídic dels menors immigrants, que hauria de ser reformat en la regulació del moment de la tutela, de la concessió de la residència i de la condició general de repatriació, i que a més ha de generar una organització administrativa centrada en la formació i el treball dels joves immigrants.

La intervenció amb unes mínimes possibilitats d'èxit sobre aquests menors requereix esmerçar una sèrie de recursos econòmics i humans que inicialment poden semblar desmesurats, tenint en compte el nombre dels seus beneficiaris, però que a la llarga beneficiaran tota la societat. En aquest sentit, cal observar la intervenció sobre els menors, no només com una manera d'assegurar la protecció integral d'aquestes persones, sinó també com a una política preventiva de l'Estat de benestar, perquè el fracàs d'aquestes intervencions tindrà conseqüències socials molt més costoses que les inversions que es proposen. El fracàs de l'atenció als menors immigrants significarà perjudicis gairebé irreversibles en el comportament social dels menors, i com a conseqüència, l'augment de la delinqüència, que provoca alarma social, racisme i conflictes de molt difícil i costosa solució *a posteriori*. Prova d'això són els cada cop més freqüents problemes que aquests nens plantegen als carrers de Barcelona. L'alternativa és força clara: els recursos es poden destinar avui a la formació i el treball d'uns joves vinguts amb un projecte migratori però en condicions difícils, o demà per la dotació molt superior de la policia que persegueixi a uns

delinqüents que havien estat joves immigrants però que no van integrar-se al món laboral ni a la societat.

2. Un programa d'atenció, formació i introducció al món laboral estructurat en circuits dissenyats d'acord amb les característiques dels diferents tipus de joves immigrants.

Intentar oferir una tipologia dels menors immigrants és difícil i ha de ser objecte de revisió periòdicament, però cal partir de la realitat a cada moment, i a l'actualitat sembla possible distingir quatre grans grups atenent sobretot a l'edat (o el temps que porta al carrer) i a les circumstàncies personals del menor (en una graduació de problemes). Per suposat, es pot fer una hipòtesi diferent, ampliant les categories, per exemple. En tot cas, l'objectiu final ideal ha de ser la incorporació dels menors al món laboral a partir del 16 anys, excepte si es troben en condicions de seguir estudis, perquè per definició el projecte migratori era el seu propòsit quan va abandonar la seva família i el seu país per venir a Catalunya.

A. Un exemple de l'estructura de possible programa.

El sistema d'intervenció sobre menors s'estructuraria en un sistema de quatre circuits específics per a menors immigrants, a més a més del règim general de protecció de menors al qual s'integrarien als que estiguessin en millors condicions. Els quatre circuits específics per als menors immigrants del carrer podrien ser: protecció de menors en règim obert, en règim semi-obert, justícia juvenil i intervenció mèdico-terapèutica.

- 1er. *Protecció de menor en règim obert*: Tractament dels MID en acolliment institucional, en els Centres Residencials d'Acció Educativa (CRAE) fins als 18 anys, però també de pisos de joves (a partir dels 14 anys), en règim obert. Alguns s'integrarien en el sistema general i per altres caldria introduir importants modificacions al sistema per especialitzar-lo: les especialitats vindrien pel fet de poder compaginar des dels 14 anys estudis obligatoris –ESO- i formació laboral per la via dels cursos de formació laboral no reglada, tal com s'ha proposat en els apartats del règim jurídic.
- 2on. *Protecció de menor en règim semi-obert*. Tractament quan sigui necessari perquè el menor ha sortit del circuit DGAM o no vol entrar en ell. En aquest circuit se'ls proporcionaria la mateixa educació-formació, i se'ls assistiria materialment (menjar, dormir, roba, tràmits documentació) però en règim tancat durant el curs i de llibertat durant les vacances. Serien joves amb dificultats d'integració als circuits de menors generals, oberts, però sobre els quals la intervenció és possible si el circuit de protecció de menors es modula i adapta suficientment, oferint prou al·licients per estimular al jove a retornar al final de les vacances ateses les possibilitat de formació, alguna remuneració i la continuïtat de la residència legal.
- 3er. *Circuit de justícia juvenil*. A partir dels 14 anys i fins als 21 anys, coordinat amb els altres sistemes, d'acord amb la llei de responsabilitat penal dels menor. Són joves que han comès delictes i han de complir mesures d'internament a Centres de Justícia, en règim tancat o semi-obert principalment. La situació és molt més determinada per la intervenció del Jutge, si bé la legislació pretén justament que aquest doni suport en les seves decisions als equips de pedagogs i psicòlegs.

- *4rt.Circuit de tractament terapèutic i mèdic.* Es tractaria d'ingrés ver via de justícia juvenil (14-21 anys) o de protecció de menors amb autorització judicial, quan siguin malalts o toxicòmans. El grau de deteriorament físic o psíquic del menor requereix fortes mesures d'intervenció mèdica o de suport psicològic abans d'iniciar la seva integració dins els altres circuits.

B. Els caràcters del programa d'atenció i formació.

En primer lloc, cal que els procediments de detecció, avaluació-diagnosi i declaració de desemparament-tutela i derivació dels menors a un dels circuits s'accelerïn el màxim possible per tal de reduir el nombre de menors al carrer i assegurar la mínima permanència d'aquests menors al carrer. En aquest sentit, cal accelerar i assegurar la intervenció ràpida sobre els menors així com l'existència de mecanismes de detecció precoç de l'estada al carrer. A més, la derivació dels menors s'ha de fer de manera immediata tot reduint les inefficiències del sistema, perquè no es tornin a reproduir casos com el citat del Jutjat num. 3 Barcelona, on un menor havia passat més de 20 vegades pels serveis de menors.

La mateixa Exposició de Motius de la LO 1/1996, citada, diu: "*Subyace a lo largo de la Ley una preocupación... por agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que éste no quede indefenso o desprotegido en ningún momento*", però si no existeixen suficients mitjans o un funcionament adequat dels òrgans administratius, les previsions legals --suposant que realment permeti la rapidesa-- resultaran inútils.

En segon lloc, els circuits o itineraris han de ser molt clars i per això requereixen estratègies diferenciades, de forma que els circuits d'intervenció sobre els menors s'adaptin a les característiques de cada un dels grups de menors. La intervenció flexible i individualitzada sobre els menors, implica la realització d'un pla d'intervenció personalitzat que es basi en l'avaluació del menor. Sense pretendre avançar gaire a la concreció del programa, pot ser important assenyalar els caràcters d'intercanviable, flexible i capaç d'individualització dels mecanismes previstos a cada persona perquè el sistema respongui realment a les característiques dels menors. Per altra part, el seu caràcter integral comporta l'examen i l'opció dels elements del règim dels menors tutelats, i la coordinació interna i externa sembla fonamental en tota la construcció.

La intercanviabilitat permet el pas d'un circuit a l'altre, jugant amb els elements coercitiu i recompensador, de manera que a major esforç per part del menor per a la seva formació, millor tractament pel que fa a l'obtenció de remuneració en forma de beques, etc... Així, la participació en els circuits oberts és més beneficiosa que el sistema de protecció de menors en règim semi-obert, i l'ideal és el pas des d'aquest al primer tant aviat com s'hagi aconseguit el nivell necessari, però també es pot retrocedir en sentit contrari si no es compleixen les tasques fixades. La intercanviabilitat no només es manifesta en la creació de circuits esglaonats i comunicats entre sí, sinó també amb la modulació dels mateixos en funció de l'edat dels menors (menys de 12 anys, de 12 a 14 anys, de 16 a 18 anys, i més de 18 anys).

El disseny d'un sistema d'intervenció sobre els menors dotat amb una certa flexibilitat té per finalitat assegurar que aquest sistema serà capaç d'acomodar-se a les particularitats del menor, oferint una intervenció regida

pel principi d'individualització de l'atenció. Per aconseguir això, un cop organitzats els diferents circuits i estructurats aquests en funció de l'edat dels menors, el diagnòstic personalitzat pot indicar la necessitat que un concret menor sigui tractat amb recursos pertanyents a una altra edat, o fins i tot circuit, en funció precisament del seu interès, o per exemple considerant necessari incorporar un tram de trànsit pels joves amb més de 18 anys que es trobin en situacions especials, i que haguessin estat detectats o incorporats tardanament al sistema.

El principi d'intervenció integral implica la previsió dins el sistema de com a mínim quatre àmbits diferents que són essencials per a garantir l'adaptació del menor al sistema i la seva posterior integració social: preveure la situació jurídica del menor, la seva educació, el seu allotjament o al·locació i l'accés al món laboral, tal com s'han exposat al apartat del règim jurídic.

El principi de coordinació, implica que tot el sistema ha d'estar interrelacionat, no només entre serveis administratius (coordinació interna) sinó amb tota la resta d'agents públics i privats intervinents, com per exemple el Ministeri Fiscal, la policia, els Jutges de Menors, etc... A més, el sistema de protecció d'aquests menors només pot funcionar amb mecanismes de coordinació entre els circuits, per tal que la intervenció sobre aquests menors els permeti evolucionar cap al circuit que asseguri una millor integració social.

3. Un plantejament general per a les diferents administracions.

La intervenció administrativa en matèria de menors immigrants del carrer implica a tres administracions diferents, com a mínim, que gaudeixen de

competències normatives i executives molt diferents: l'Estat té la competència per a la legislació civil, penal, processal i d'estrangeria, així com sobre l'Administració de Justícia i sobre les condicions bàsiques dels drets (149.1.º CE). La Generalitat disposa de competències exclusives per a desenvolupar el seu dret civil propi, així com competències molt àmplies en matèria de serveis socials, i molt concretament en la protecció de menors pròpiament dita. L'Ajuntament també pot i ha d'intervenir en aquest sector a partir de les competències sobre via pública, policia local i benestar social, com a mínim.

Aquesta pluralitat de competències, per tal d'oferir una intervenció completa i coherent sobre aquests menors, ha d'anar acompanyada d'un alt grau de coordinació administrativa. Fins ara, en canvi, la immigració de menors del carrer a les ciutats de Catalunya, ha estat objecte de mesures puntuals sense una perspectiva més global, en el sentit que es proposa a aquest informe. En l'actualitat la intervenció sobre els menors immigrants del carrer emprava els mecanismes de detecció, els procediments i els circuits d'intervenció propis del sistema general previst pels menors nacionals, tot i que cada cop incorpora més mecanismes específics per afrontar les especialitats d'aquests menors immigrants, però sense arribar a dissenyar una estratègia específica, a la qual cada administració desenvolupi un paper complementari.

La necessitat de relació entre administracions es manifesta de manera molt diversa. En alguns casos, es tracta d'estalviar costos o prestar millor els serveis; per exemple, ens hem referit a la conveniència que existeixi un centre especialitzat per al tractament dels menors amb problemes psiquiàtrics; és possible que un centre per a Catalunya fos excessiu, però en canvi podria fer-se molt millor si es projecta per a tres o quatre Comunitats Autònomes més pròximes, que segurament tindran una necessitat semblant. En aquest supòsit, la

col·laboració pot articular-se mitjançant un conveni i potser un òrgan comú de seguiment.

Un nivell encara més necessitat de relació és la col·laboració entre les diverses policies (de l'Estat, de les CCAA, municipals) per a la detecció i documentació dels menors immigrants, la mobilitat dels quals és tan alta que sense una coordinació policial adequada la pretensió del seu tractament resulta inútil. En aquest cas, pot utilitzar-se alguna de les tècniques típiques de la coordinació, com ara la creació d'un òrgan *ad hoc*, amb un reglament intern de funcionament. Igualment, pot sotmetre's a l'acord de diverses administracions el paper que s'atribueixi a altres instàncies territorials, com les Diputacions provincial, els Consells comarcals, etc.

Però en el cas concret de Barcelona-ciutat, sembla convenient establir una instància general de tractament del fenomen dels menors immigrants, que lògicament hauria de passar per la Carta Municipal, sens perjudici d'organitzar la participació d'altres ciutats (particularment, Santa Coloma de Gramenet) i potser altres instàncies, com la Diputació.

4. Les possibilitats de la Carta Municipal de Barcelona per a l'atenció coordinada dels menors immigrants en desemparament.

La importància de les relacions entre les institucions que actuen en el territori de Barcelona sobre el fenomen dels MID condueix de manera immediata a pensar en l'organització estable de la col·laboració i, concretament, en l'aplicació de les previsions de la Carta Municipal de Barcelona (Llei catalana 22/1998, de 30 de

desembre), que constitueixen la normativa més eficaç i institucional per aquest tipus de col·laboració.

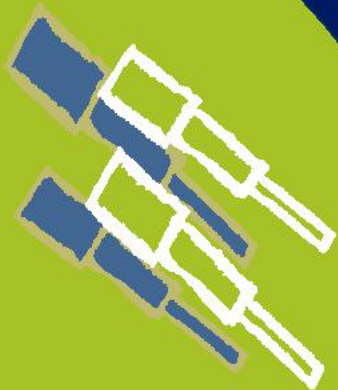
La ubicació administrativa de la protecció de menors a la Conselleria de Justícia no ha de conduir a l'error de pensar que el tractament del MID constitueix una matèria judicial; en realitat, es tracta d'una matèria competencial autònoma ("institucions públiques de protecció i tutela de menors", art. 9.28 de l'Estatut de Catalunya), a mig camí entre Justícia, Educació i Assistència Social, que pot situar-se organitzativament en una o altra àrea perquè els criteris orgànics poden ser variables. Recordem, en aquest sentit, que l'atenció de menors va dependre inclús durant molts anys de la Conselleria de Benestar Social, i es va traslladar a la de Justícia per atracció organitzativa d'una de les seves parcel·les, la Justícia juvenil. Podria dir-se inclús que la faceta dominant de la protecció de menors és la funció social, si bé afegint que requereix un tractament especialitzat, perquè inclús la reinserció dels joves delinqüents no s'inscriu tant en la legislació penal i penitenciària com en la normativa específica per a la protecció de menors, i en darrer terme en l'esfera sòcio-educativa. Tot això, naturalment, qualificat per l'origen immigrant dels menors.

Des d'aquest punt de vista, la Carta Municipal de Barcelona (en endavant, CMB), preveu la figura dels consorcis legals com a "*ens associatius, creats per llei, entre la Generalitat de Catalunya i l'Ajuntament de Barcelona, per a la gestió conjunta de funcions, activitats o serveis*" (art. 61.1) i més concretament preveu la seva existència obligatòria en algunes matèries, entre d'altres, de "Serveis Socials" (art. 61.7 CMB). La seva regulació en el Capítol X de la mateixa Llei ens proporciona alguns elements que convé tenir en compte en aplicar la regulació material del fenomen dels joves estrangers proposada anteriorment.

En la seva dimensió general, els consorcis previstos per la CMB s'allunyen una mica de la figura tradicional dels consorcis no només per substituir la típica nota de voluntarietat d'aquells per la creació legal d'aquests, sinó especialment perquè no es limiten a gestionar uns serveis sinó que, a més, semblen especialment dissenyats per a aquells serveis que necessitin dosis altes de programació i planificació, incloent-hi polítiques públiques relativament complexes, com és el nostre cas. Coherentment, l'art. 61.1 CMB habilita els consorcis per a exercir potestats reglamentàries, planificadores i sancionadores, que segurament seran les més adequades per a elaborar programes com els que proposem.

De tota manera, sembla precipitat adintrar-se en qüestions orgànico-institucionals com aquesta sense haver decidit prèviament sobre l'estratègia general a seguir per tractar el fenomen dels menors immigrants en desemparament dels carrers de Barcelona.

* * *



Observatori
de la infància
i la família

En aquest número de la col·lecció monogràfics, el CIIMU presenta l'Informe realitzat pel professor Eliseo Aja que tracta el problema dels menors immigrants en situació de desemparament des d'una perspectiva jurídica, fet que constitueix una aportació original y novedosa.

L'informe analitza la situació i proposa solucions que s'endinsen en el terreny educatiu, laboral i social com a única via per aconseguir la integració d'aquests menors.

Ajuntament de Barcelona

Diputació de Barcelona

Universitat de Barcelona

Universitat Autònoma de Barcelona

Universitat Oberta de Catalunya

ciimu

Passeig de Gràcia 2, 2on 1a

08007 Barcelona

Telèfon 93 342 97 50

Fax 93 342 97 55

info@ciimu.org

www.ciimu.org