



Amnistía Internacional

Sección Española

España: Los menores extranjeros no acompañados y sin papeles están en riesgo

Preocupación por una instrucción discriminatoria del Fiscal General del Estado que viola la Convención de Derechos del Niño y vulnera derechos fundamentales de los menores

Noviembre 2003

PÚBLICO

SECRETARIADO ESTATAL. FERNANDO VI, 8, 1º IZDA. 28004 MADRID
Telf.: + 34 91 310 12 77 Fax: + 34 91 319 53 34 E-mail: amnistia.internacional@a-i.es Web: www.a-i.es

Índice

1. Introducción	3
2. La situación de los menores no acompañados en España.....	4
2.1 Algunos ejemplos	5
3. La instrucción de la Fiscalía General del Estado: ¿Dónde están los derechos del menor?.....	6
3.1 La instrucción no tiene en cuenta adecuadamente el artículo 1 de la CDN.....	7
3.2 La instrucción es discriminatoria, vulnerando el artículo 2 de la CDN.....	7
3.3 La instrucción no establece garantías suficientes de que, en todo momento, primará el principio de interés superior del menor establecido en el artículo 3.1 de la CDN.....	7
3.4 Sin garantías de que el menor tendrá un proceso justo	8
3.5 Incumple las obligaciones internacionales de protección de España	8
4. Recomendaciones	9

España: Los menores extranjeros

no acompañados y sin papeles están en riesgo

Preocupación por una instrucción discriminatoria del Fiscal General del Estado que viola la Convención de Derechos del Niño y vulnera derechos fundamentales de los menores

Noviembre de 2003

1. Introducción

En este documento Amnistía Internacional expresa su enorme preocupación por lo que considera una vulneración formal sin precedentes en España de derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados en situación irregular, que pone en riesgo a miles de menores. Se trata de la instrucción cursada por la Fiscalía general del Estado el pasado 23 de octubre que vulnera la Convención de los Derechos del Niño –cuyo decimocuarto aniversario se celebra el próximo 20 de noviembre– e incumple las obligaciones del Estado español de proteger y amparar a todos los menores de edad que se encuentran en su territorio. Dicha instrucción ha sido cuestionada por el Defensor del pueblo y otras organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y de defensa de la infancia han expresado igualmente su condena, así como muy recientemente el Fiscal Cordinador de Extranjería de Málaga Juan Bermejo.¹

La instrucción no tiene en cuenta, ni siquiera en apariencia, el “interés superior del menor” tal como establece el artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, ya que considera que los extranjeros mayores de dieciséis años no acompañados deben ser repatriados. Tampoco establece garantía alguna para asegurar que, en el caso que se decrete el retorno, el menor será enviado a su entorno familiar y no quedará en situación de desamparo en su país de origen.

Además la instrucción resulta discriminatoria, puesto que establece una diferente protección del Estado según se trate de menores de origen extranjero en situación de irregularidad o de menores españoles. La instrucción de la Fiscalía parece indicar que los menores españoles tienen una mayor protección que los extranjeros puesto que presume que éstos últimos no están en situación de desamparo si tienen más de 16 años y no están acompañados, medida que no se aplica a los menores no acompañados de origen español. Esta discriminación de la instrucción del Fiscal vulnera el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño que establece que los Estados deben asegurar los derechos “a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna”.

Por otro lado, la instrucción es en la práctica una declaración formal contra la universalidad de los derechos humanos ya que asume que la falta de recursos de las instituciones de protección de menores en España es una razón para adoptar la medida del retorno sin las necesarias garantías para

¹ En declaraciones al Diario Sur, el Fiscal Juan Bermejo considera que las instrucciones de la Fiscalía General «entran en colisión con los derechos fundamentales de los menores... Se nos ordena a los fiscales que consideremos como personas emancipadas, y por lo tanto adultas, a estos menores, que les privemos de libertad y les internemos en un reformatorio como si hubieran cometido algún delito para luego repatriarlos».

asegurar que se actúa teniendo en cuenta el interés superior del niño. La Convención proclama el derecho de los niños a la salud, la educación, la libertad de opinión y expresión y a la protección y a la ayuda humanitaria.

Se vulnera también en esta instrucción las garantías de que el menor tendrá un proceso justo antes de tomar una decisión que influya de forma decisiva en su vida, como es la reagrupación familiar o su estancia en España. Varios artículos de la Convención de Derechos del Niño reconocen el derecho del niño a ser oído en un asunto que le afecte directamente, así a como ser asistido por un abogado y un intérprete. La instrucción de la Fiscalía no menciona en ningún momento la obligación del Fiscal de Menores de, antes de tomar una decisión, escuchar al menor.

Por todo ello, la Sección española de Amnistía Internacional pide al Fiscal General del Estado que retire la instrucción de 23 de octubre o la cambie radicalmente para cumplir con las obligaciones internacionales de España en relación con la protección de menores y ampare a todos los menores de edad no acompañados que se encuentren en su territorio con independencia de su origen o situación administrativa.

2. La situación de los menores no acompañados en España

Amnistía Internacional ya ha manifestado anteriormente su preocupación por la situación de los menores no acompañados, es especial los de origen norteafricano en España, y concretamente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Nuestra organización ha venido expresando su preocupación por²:

- La expulsión sistemática de niños marroquíes no acompañados que estaban bajo protección de las autoridades de la ciudad, en muchas ocasiones a través de supuestas “reagrupaciones familiares”, sin tener en cuenta el debido proceso legal, ni la situación familiar del niño y sin que tuvieran una adecuada asistencia letrada.
- Los presuntos malos tratos infligidos a menores en el contexto de expulsiones por policías y agentes de seguridad privada en ambas ciudades, así como por la policía marroquí.
- La desprotección de los niños abandonados en zonas fronterizas o que viven en la calle.
- Los presuntos malos tratos a manos de cuidadores o de otros menores y las condiciones precarias y degradantes de los centros de acogida.

Por otra parte, el 13 de mayo del 2002 Amnistía Internacional condenaba la decisión del gobierno de Melilla de no acoger a más niños en situación de desamparo y recordaba al Estado español su obligación de proteger y amparar a todos los menores de edad que se encuentren en su territorio, tal y como establece la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño que España ratificó el 30 de noviembre de 1990.

Asimismo, en junio del 2002, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas expresaba su “profunda alarma por las condiciones de los niños extranjeros no acompañados” y

² Ver el informe de Amnistía Internacional: España. Crisis de identidad: Tortura y Malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado (Ind Ai: EUR 41/01/2002s), págs 67-81.

recomendaba que las autoridades tomaran medidas urgentes para mejorar esta situación, como evitar las expulsiones irregulares e investigar de forma eficaz las denuncias de malos tratos.

En su informe anual del 2003, Amnistía internacional manifestaba que tras la publicidad negativa sobre la situación de los menores marroquíes y el recurso presentado por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Málaga para que se anularan muchas de las expulsiones de Melilla por ser legales, durante el resto del 2002 disminuyeron las expulsiones y mejoraron las condiciones de algunos centros. Sin embargo, hubo posteriormente denuncias de malos tratos a menores en centro de acogida en Melilla y en la Palma de Gran Canaria. Nuestra organización también mostraba su preocupación porque la conflictiva situación de los centros en las Islas Canarias aumentará la presión política para reanudar las expulsiones de menores contra su voluntad.

2.1 Algunos ejemplos

En su informe “España: Crisis de identidad. Tortura y malos tratos de índole racista a manos de agentes del estado”, la organización recogía diversos casos documentados en relación con las preocupaciones señaladas.

Por ejemplo, en relación con los malos tratos en centros de acogida, el caso de un niño de 13 años llamado **Mohamed Garbagui** que denunció haber sido detenido el 26 de junio del 2000 por una patrulla de la policía local de la ciudad de Ceuta y conducido al centro de acogida de San Antonio. Allí dos cuidadores cuyo nombre citaba, lo introdujeron en una celda de castigo donde lo desnudaron y le dieron golpes y bofetadas. Después de la paliza logró escapar y acompañado del representante de una ONG fue a un hospital. El 20 de junio presentó otra denuncia según la cual había sido vuelto a encerrar en la celda de castigo, golpeado con un palo y no le dieron nada de comer, no se sabe con exactitud durante cuánto tiempo. Volvió a escapar y empezó a vivir en la calle. En julio del 2001, Amnistía Internacional solicitó información sobre la marcha de la denuncia y todavía no se conocen más datos respecto a esa investigación.

Igualmente el informe contiene casos de **expulsiones de menores** en Melilla. Así el 31 de octubre del 2001, dos menores **Marzok Abderrazak Massira** de 15 años y **Farid El Cheik** de 17 años fueron detenidos por la policía nacional y llevados a la frontera, donde fueron entregados a la policía marroquí. Ambos denunciaron malos tratos y haber sido golpeados reiteradamente con cables forrados de goma. El primero llevaba seis años viviendo en Melilla tenía permiso de residencia y asistía al colegio. Ambos regresaron a Melilla poco después. Uno de ellos relató que había visto a un policía español entregando un sobre a la policía marroquí, sobre que abrían en la comisaría marroquí de Beni Enzar y de su interior salía un fajo de billetes.

Otro grupo de menores de diferentes centros de acogida de Melilla fue expulsado el 18 de diciembre del 2001. Uno de ellos, **Amir Sghir**, de 13 años regresó a Melilla y contó a la Asociación Pro Derechos de la Infancia (PRODEIN) que le llevaron a la comisaría de policía nacional donde no le dejaron hablar ni leer unos documentos que pretendían que firmase. Amir afirmaba que fue conducido junto a los demás niños a la frontera y entregados a la policía marroquí. Allí no había ningún familiar ni servicios sociales marroquíes. Parece ser que un agente le dio dos bofetadas y le dijo que se marchara, que no quería volver a verlo en la frontera. Él y los otros niños fueron abandonados en la calle. Amir Sghir asistía al colegio en Melilla y tenía un familiar allí.

Entre los expulsados había otro niño de 9 años, **Karim Bouitali** del centro de acogida de Avicena. Según informes, fue visto abandonado en la frontera, bajo una lluvia intensa a las siete y veinte de la tarde del 18 de diciembre, llorando, empapado y entumecido de frío, aferrado a la verja de la frontera, se hallaba a la vista de los policías españoles del puesto fronterizo. Miembros de PRODEIN intentaron llevarle ropa limpia y buscarle cobijo pero había desaparecido. Ocho días después regreso a Melilla. PRODEIN afirmaba que había un patron fijo en las expulsiones, que no se les informaba de que iban a ser expulsados, ni tenían derecho a una vista para establecer la legalidad de la expulsión ni asistencia letrada. Eran llevados a la frontera por agentes armados y uniformados y entregados a la policía marroquí. Allí no los aguardaba ni un miembro de su familia ni representantes de los servicios sociales marroquíes. Luego eran abandonados en la calle, lo que agravaba especialmente el problema en los casos de niños de menor edad.

3. La instrucción de la Fiscalía General del Estado: ¿Dónde están los derechos del menor?

En esta ocasión, Amnistía Internacional se ve obligada nuevamente a manifestar su enorme preocupación respecto a la instrucción de 23 de octubre del 2003 de la Fiscalía General del Estado, en la que se insta a los Fiscales a que no consideren *a priori* a todos los extranjeros mayores de 16 años no acompañados en situación de desamparo y a proceder en tales casos a su retorno al país de origen. La Fiscalía General del Estado considera que dichos menores no están en situación de desamparo sino emancipados, ya que entiende que “no cabe imaginarse otra prueba más notoria de vida independiente que la de... aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres”.

Se establece así una presunción de que los extranjeros mayores de 16 años están emancipados, es decir, con capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, salvo prueba en contrario. Razón por la que no estarían en situación de desamparo, y por lo tanto procedería su repatriación. Con esta declaración, la Fiscalía General hace una **interpretación discriminatoria** de la ley distinguiendo entre los menores que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres y el resto de menores de edad. Esta doble interpretación tiene como resultado el grave menoscabo de los derechos de los menores a los que se está aplicando la presunción de emancipación.

Asimismo, la instrucción justifica la repatriación debido al incremento de menores no acompañados en los últimos años, al riesgo de una supuesta “posible invasión” y a la escasez de recursos de la administración para proteger a todos esos menores. Subyace en todo ello una perspectiva evidente de situar las políticas de control de la inmigración por encima del principio superior de protección del menor.

Amnistía Internacional no se opone al derecho de los estados a controlar sus fronteras y a regular la entrada de los extranjeros en su territorio. Sin embargo, le preocupa que el control de la inmigración este vulnerando los derechos humanos de los refugiados, solicitantes de asilo, personas migrantes y, especialmente de los menores extranjeros no acompañados.

Amnistía Internacional considera que la aplicación de dicha instrucción puede suponer el incumplimiento de las obligaciones internacionales del estado español con los menores no acompañados, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), otros tratados de derechos humanos e incluso la legislación española.

3.1 La instrucción no tiene en cuenta adecuadamente el artículo 1 de la CDN

Dicho artículo entiende que, a los efectos de la Convención, es niño *“todo ser humano menor de dieciocho años de edad salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Pues bien, la instrucción de la Fiscalía manifiesta que la ley aplicable para determinar la mayoría de edad del extranjero sería la del país de origen y no la española. Sin embargo, parece olvidar que la legislación marroquí también fija la mayoría de edad en los 20 años salvo para contraer matrimonio que se fija en los varones en los dieciocho años y para las mujeres en los dieciséis.

Por otra parte, es cierto que la legislación española permite que un menor sea emancipado, pero ello se realiza por autorización de quienes ejerzan la patria potestad o por autorización judicial³. Algo que también establece la legislación marroquí. A pesar de lo establecido en ambas legislaciones, la Fiscalía General del Estado pasa a considerar que los extranjeros mayores de 16 años como emancipados sin que se haya comprobado caso por caso si existe autorización de sus padres o se ha establecido su emancipación de acuerdo a la legislación española o marroquí.

Por tanto, **salvo que se pruebe caso por caso de que han sido legalmente emancipados, todos los extranjeros entre dieciséis y dieciocho años deben ser tratados como menores** según la legislación internacional y española, y reconocerles todos los derechos contenidos en la CDN.

3.2 La instrucción es discriminatoria, vulnerando el artículo 2 de la CDN

La instrucción de la Fiscalía General establece una clara distinción entre los menores de edad de origen extranjero y español. Se presume que los primeros no están en situación de desamparo si no están acompañados y tienen más de 16 años, medida que no se aplica para los menores no acompañados de origen español. Sin embargo, el artículo 2 de la CDN es taxativo respecto a que los Estados parte deben asegurar la aplicación de los derechos (de la Convención) a *“cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública 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 sus representantes legales”*.

Por tanto, con independencia de su origen, todo menor de dieciocho años que esté privado temporal o permanentemente de su medio familiar, según el artículo 20.1 de la CDN, tiene derecho a la protección y asistencia especial del Estado en el que se encuentre.

3.3 La instrucción no establece garantías suficientes de que, en todo momento, primará el principio de interés superior del menor establecido en el artículo 3.1 de la CDN

Nuestra organización quiere recordar que el artículo 3 de la Convención establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

³ Artículos 314 y siguientes del código civil

Sin embargo, la instrucción no establece en ningún momento que los fiscales deban tener en cuenta el interés superior del menor a la hora de determinar si está o no en situación de desamparo o si debe ser repatriado. Sólo menciona, en su conclusión tercera, que los fiscales sólo podrán dictaminar a favor del desamparo “aquellos supuestos excepcionales en que se aprecien una situación palmaria de desamparo”, pero tampoco recoge los criterios concretos para determinar cuando se da tal situación excepcional. Amnistía Internacional considera que en todos los casos sin excepción se debería tener siempre en cuenta el interés superior del menor.

Asimismo, es sumamente preocupante que **la instrucción no establezca garantía alguna para asegurar que, en el caso de que se decrete su retorno, el menor será enviado a su entorno familiar y no se quedará en situación de desamparo en su país de origen.** Al contrario, sólo se decreta su retorno. De esta forma se vulnera la legislación española que prohíbe la expulsión de los menores a menos que se den unas condiciones estrictas. La Ley de Protección Jurídica del Menor hace extensible el derecho a la educación, la asistencia médica y otros servicios a los menores extranjeros y estipula que los servicios de protección de menores deben hacerse cargo del cuidado de ellos. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 35 de la Ley de Extranjería que, además, recuerda que la administración del Estado deberá, conforme **al principio de reagrupación familiar**, resolver sobre “la procedencia del retorno a su país de origen o aquél **donde se encuentren sus familiares** o, en su defecto, sobre su permanencia en España”.

3. 4 Sin garantías de que el menor tendrá un proceso justo

En efecto, la instrucción no menciona en ningún momento la obligación del fiscal de menores de oír al menor antes de tomar una decisión. Es necesario recordar que los artículos 12, 37.d) y 40 de la CDN reconocen el derecho de los menores a ser oídos en un asunto que les afecta directamente, así como ser asistidos de abogado o intérprete. A ello se suma el hecho de que la presunción de que todos los extranjeros mayores de 16 años están emancipados supone que la carga de la prueba sobre el desamparo se traslade al propio menor o su representante legal. Es imprescindible por tanto que se respete el derecho del menor a una vista para establecer la legalidad del retorno.

3. 5 Incumple las obligaciones internacionales de protección de España

Uno de los argumentos de la Fiscalía General del Estado para adoptar la medida de retorno, es la insuficiencia de recursos de las instituciones de protección. Sin embargo, la Convención proclama el derecho de los menores a la salud, a la educación y a la libertad de opinión, expresión y religión y a la protección y a la ayuda humanitaria. Asimismo el artículo 3.3. establece claramente la obligación de los Estados de asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar y que *“las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal”*.

Por su parte, el artículo 20 obliga al Estado a otorgar una protección y asistencia especiales a los niños temporalmente privados de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio. En concreto, el apartado 3, establece que, “entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”. Por ello, **la falta de recursos económicos no puede convertirse en una excusa para incumplir las obligaciones internacionales de derechos humanos y debe dotarse a las administraciones**

encargadas de los menores no acompañados de los medios y recursos necesarios para atender debidamente a los niños y para examinar individualmente sus casos.

4. Recomendaciones

A la vista de todo lo expuesto, considerando que varios aspectos de la instrucción de la Fiscalía General del Estado del 23 de octubre de 2003 vulneran la Convención de Derechos del Niño, **Amnistía internacional recomienda al Fiscal General del Estado la retirada inmediata de esa instrucción o, en su defecto, su revisión urgente** para asegurar que se ajusta y respeta la normativa internacional de protección de los menores y que cumple con las obligaciones del Estado español de proteger y amparar a todos los menores de edad no acompañados que se encuentren en su territorio con independencia de su origen.

* * * * *