

Capítulo VII.

Los menores extranjeros

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

I. Introducción

El Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero¹, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido recientemente aprobado mediante Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre², se ocupa de los menores extranjeros en diversos preceptos de su extenso articulado, y más particularmente en su Título VIII, que lleva por rúbrica “*Menores extranjeros*”.

Este Título se compone de tres artículos: el artículo 92, que está

- 1 BOE nº 10, de 12.1.2000, corr. de errores BOE nº 20, de 24.1.2000. Posteriormente modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 307, de 23.12.2000, corr. de errores BOE nº 47, de 23.2.2001); por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE nº 234, de 30.9.2003); y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE nº 279, de 21.11.2003).
- 2 BOE nº 6, de 7.1.2005. Este Reglamento viene a sustituir al Reglamento aprobado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE nº 174, de 21 de julio de 2001).

dedicado a los menores extranjeros no acompañados; el artículo 93, relativo a los programas de desplazamiento temporal de menores; y el artículo 94, que regula la residencia del hijo de residente legal. En las líneas que siguen vamos a hacer una breve presentación de su contenido.

II. Los menores extranjeros no acompañados

A. Planteamiento del problema

Nuestras autoridades se tienen que enfrentar con cierta frecuencia al problema que supone la llegada de menores extranjeros no acompañados, fundamentalmente, de Marruecos³. Los motivos que llevan a estos menores a entrar ilegalmente en España, burlando los controles fronterizos y arriesgando en ocasiones su propia vida, son básicamente dos: en primer lugar, estos menores huyen de la situación de pobreza existente en su país y de la consecuente falta de oportunidades en materia de educación y empleo; en segundo término, y por lo que se refiere a España o más generalmente a Europa como lugar de destino⁴, el contacto que pueden tener estos menores con el estilo de vida europeo a través de las cadenas de televisión, y la imagen de bonanza económica que transmiten los inmigrantes que residen en Europa cuando vuelven a Marruecos para pasar las vacaciones, son factores determinantes para emprender la aventura, a veces, con el consentimiento y apoyo de su propia familia⁵.

3 Ello ha dado lugar a la elaboración de un Memorándum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados, de 23.12.2003.

4 Muestra de la preocupación existente a nivel europeo por esta cuestión es la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26.6.1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE nº C 221, de 19.7.1997).

5 "Callejón Sin Salida: Abusos Cometidos por las Autoridades Españolas y Marroquíes Contra Niños Migrantes", Human Rights Watch, 2002, mayo, vol. 14, nº 4 (D), pp. 9-10.

B. El tratamiento jurídico previsto

La Ley de Extranjería se ocupa de los menores extranjeros no acompañados en su artículo 35⁶, cuyo contenido se desarrolla más ampliamente en el artículo 92 del nuevo Reglamento. Este precepto, como tendremos oportunidad de comprobar seguidamente, introduce pocos cambios con respecto a la anterior normativa reglamentaria.

1. Pautas preliminares de actuación

En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informarán a los servicios de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias (artículo 92.1).

A estos menores se les ofrece una respuesta jurídica diferenciada con respecto a la establecida para los extranjeros adultos, dado que tiene que tomarse en consideración el sistema normativo existente en materia de protección de menores, que se aplica sin discriminación alguna por razón de nacionalidad. La referencia a la legislación en materia de protección jurídica del menor, para que se le preste la atención inmediata que precise, debe entenderse realizada a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷, que desarrolla y concreta los mandatos de la Convención de

6 El artículo 35 es fruto de la primera modificación que sufrió La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, vid. la primera nota de este capítulo-.

7 BOE nº 15, de 17.1.1996.

Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989⁸, así como a las distintas normas autonómicas en materia de protección de menores.

Para la determinación de la edad suele realizarse una prueba de oseometría, mediante una radiografía de la muñeca. Y resulta muy acertado que se contemple su realización con carácter prioritario y urgente, ya que de ello depende que el extranjero que ingrese en un centro de protección sea efectivamente menor. El artículo 92 del Reglamento añade, en su apartado. 3º, que si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo solicitarán a los servicios competentes de protección de menores.

Una vez determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores (artículo 92.2)⁹. Al hablar de menores o minoría de edad debemos recordar que estamos ante una materia englobada en el estatuto personal, lo que supone, en teoría, que debe ser la ley nacional del sujeto en cuestión la que determine si es o no menor.

No obstante, ante la posibilidad de que la ley extranjera fijase la mayoría con una edad superior a la nuestra, se impone tener en cuenta un dato. Este precepto se encuentra en íntima relación con Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su artículo 1 dispone que se aplica a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado con anterioridad la mayoría de edad. Por ello entendemos que los 18 años se convierten, en cualquier caso, en el límite máximo para la aplicación del artículo 92 del Reglamento.

La referencia a que el menor será puesto a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores debe entenderse realizada, de acuerdo con la normativa autonómica al

8 BOE nº 313, de 31.12.1990.

9 Debe entenderse que esta medida se adoptará directamente cuando no haya dudas sobre la minoría de edad del extranjero, ya sea porque esté documentado y pueda comprobarse, ya sea porque su grado de desarrollo físico así lo evidencie.

respecto, a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre¹⁰.

2. Las competencias de las distintas administraciones implicadas

Una vez que el menor ha sido puesto a disposición de los servicios competentes en materia de protección de menores, debe ponerse en marcha un procedimiento para decidir lo que es más conveniente para el futuro del menor: si volver a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares, o quedarse e integrarse en España. En este procedimiento confluyen competencias de la Administración General del Estado y de los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, que aparecen delimitadas en el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería, y más detalladamente, en el artículo 92.4 del Reglamento.

La Administración General del Estado es la competente para resolver lo que ha de hacerse con el menor, después de que éste haya sido oído y contando para ello también con el previo informe de los servicios de protección de menores. A esta Administración corresponde igualmente realizar todos los trámites relativos a la posible repatriación del menor, que se desarrollarán a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno.

A las Administraciones Autonómicas corresponde la protección del menor durante el tiempo que éste permanezca en España; realizar, como se ha visto, un informe sobre la conveniencia o no de la repatriación del menor extranjero; y facilitar a la autoridad gubernativa

10 Las normas que han aprobado las distintas Comunidades Autónomas en materia de protección de menores suelen delimitar su ámbito de aplicación refiriéndose genéricamente a los menores que residan o se encuentren en su territorio. Con carácter más general, sobre las normas que en nuestro sistema de Derecho internacional privado regulan la competencia de nuestras autoridades para actuar en relación con los menores extranjeros y la determinación de la ley aplicable, vid. A. Durán Ayago; *La Protección Internacional del Menor Desamparado: Régimen Jurídico*. Colex. Madrid. 2004; pp. 117 y ss.

cualquier información que haya podido obtener sobre la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, así como sobre las gestiones que haya podido realizar de cara a localizar a la familia del menor.

En relación con esto último debemos tener en cuenta que los menores suelen venir indocumentados, y que no suelen facilitar su identificación al temer que con ello se pueda facilitar y desencadenar el viaje de vuelta¹¹. Está previsto por tanto que en la Dirección General de Policía exista un Registro de menores extranjeros no acompañados (artículo 111 del Reglamento), que resulte útil, entre otras cosas, a efectos de su identificación.

El procedimiento a seguir, de cara a la posible repatriación del menor, se organiza de la siguiente manera:

- El artículo 92.4 del Reglamento dispone que el procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor. Esta entidad, como ya sabemos, deberá facilitar a la autoridad gubernativa toda la información que haya podido recabar sobre el menor.
- La autoridad gubernativa deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones que lleve a cabo en este procedimiento. Así, en principio, contando con la información que se le haya suministrado, tratará de localizar a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores que pudieran hacerse responsables del mismo. Esto lo hará por medio de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, para que realice las gestiones necesarias antes las Embajadas y Consulados correspondientes. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

Una vez localizada a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repa-

¹¹ E. Arce Jiménez; "Los Menores Extranjeros en Situación de Desamparo". Revista de Derecho de Familia. Lex Nova. 1999; p. 80.

triación del menor mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatrie, tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, o su persecución o la de sus familiares. Esta medida será ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

La precisión referente a que la repatriación se concretará mediante la entrega del menor a las autoridades fronterizas del país al que se repatrie, supone una novedad con respecto a la normativa anterior.

- El artículo 92.4 del Reglamento también dispone que si el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial, y que en todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.
- La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de repatriación.

3. Referencia a los criterios que deben guiar la decisión de la administración

Como se ha visto en el epígrafe anterior, se contemplan varias posibilidades para el futuro del menor: puede volver a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, permanecer en España.

Los criterios que deben guiar la decisión de la Administración en un sentido u otro son varios:

- En primer lugar, el artículo 92.4 del Reglamento dispone que la Administración General del Estado resolverá lo que proceda después de haber oído al menor. Así que debemos suponer que la opinión del menor será un factor a tener en cuenta.
- En segundo término, el informe que realicen los servicios de protección de menores sobre la conveniencia o no de proceder a la repatriación, se presenta como otro factor igualmente relevante.

- En tercer lugar, el Reglamento incorpora, como novedad, una referencia expresa al principio del interés superior del menor, para señalar, a continuación, que la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores de su país. Con esta referencia expresa al interés superior del menor se recuerda a nuestras autoridades cuál debe ser el criterio de actuación a seguir, y lo que es más importante, como debe plasmarse este criterio en relación con la materia que nos ocupa¹².

Por último, el Reglamento también señala que aún en el caso de que se hubiera localizado a la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, la repatriación no procederá cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

Esperemos que estos criterios se cumplan y que así se eviten las repetidas denuncias que han venido sufriendo nuestras autoridades por actuaciones irregulares¹³.

12 La referencia al interés superior del menor es una constante en la normativa relativa a la protección de menores: vid. artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño; y artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor La reciente Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, viene a insistir igualmente en que deberá actuarse persiguiendo en todo momento el interés superior del menor, y deja sin efecto la polémica Instrucción 3/2003 sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar legalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo.

13 Destacan en este sentido: el minucioso análisis realizado por Human Rights Watch, sobre la situación de los menores marroquíes en Ceuta y Melilla: "Callejón Sin Salida: Abusos Cometidos por las Autoridades Españolas y Marroquíes contra Niños Migrantes". Op. cit.; las consideraciones realizadas por el Comité sobre los Derechos del niño de Naciones Unidas, a propósito del Informe presentado por España en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, Rights Watch, 2002, mayo, vol. 14, n.º 4 (D), pp. 9-10. Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Spain, 07/06/2002, CRC/C/15/Add. 185; o más recientemente, las observaciones realizadas en el Informe presentado por la relatora especial, Sra.

4. La permanencia del menor extranjero en España

En el caso de que se opte por la permanencia del menor extranjero en España, se contemplan varias medidas destinadas a favorecer su integración. El artículo 35 de la Ley de Extranjería dispone, en su apartado 4º, que se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública, y que a instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad del retorno con su familia 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.

Con este precepto se viene a consagrar la regularidad de los menores que se encuentran en nuestro país, aunque supeditando la efectiva concesión del permiso de residencia a que haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación. Nuestras autoridades tendrán que realizar por tanto, con carácter previo, todas las gestiones previstas en el procedimiento de repatriación, siendo deseable que se realicen con rapidez y diligencia. El Reglamento, en cualquier caso, para evitar que esas gestiones se demoren excesivamente, causando con ello un perjuicio al menor, introduce en su artículo 92.5, un límite máximo de nueve meses. Transcurrido ese plazo se impone otorgar una autorización de residencia.

Ello no quiere decir sin embargo que la residencia del menor extranjero en nuestro país se conciba con carácter permanente. El Reglamento incorpora, como novedad, una salvaguarda destinada a facilitar la repatriación de estos menores. Dice, concretamente –artículo 92.5.II–, que el hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo¹⁴. Esta salvedad re-

Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos humanos, E/CN.4/2004/76/Add. 2, 14 de enero de 2004.

14 Esto se ha acompañado además de una modificación del acceso a la residencia permanente, que no favorece a estos menores. Con arreglo al Reglamento anterior podían acceder a la residencia permanente los menores que al llegar a la

presenta un factor de inestabilidad para el futuro del menor, y habrá que poner especial cautela en que se aplique de acuerdo con lo que es el principio rector en esta materia: el interés superior del menor.

Por otra parte, para evitar que durante el mencionado plazo de nueve meses pueda resultar perjudicado el menor que adquiere la mayoría de edad – téngase en cuenta que muchos de estos menores llegan en una edad próxima a los 18 años-, el Reglamento introduce una nueva disposición. En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j) de la Ley de Extranjería.

Esta disposición resulta acertada, pues da respuesta a un problema que venía planteándose en la práctica y que carecía de regulación expresa. La crítica que puede realizársele, no obstante, es que otorga un amplio margen de discrecionalidad a la Administración. Se supedita, como se ha visto, a que los menores hayan participado *adecuadamente* en las acciones formativas y actividades programadas por la entidad encargada de su protección. Lo cual debe ponerse en relación con la disposición que recoge el Reglamento, igualmente novedosa, de que el hecho de no contar con una autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio (artículo 92.5.I)¹⁵.

Por otra parte, tanto a los menores que permanezcan bajo la tute-

mayoría de edad hubieran estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores (artículo 42.2.e). El nuevo Reglamento amplía este plazo a cinco años (artículo 72.3.e).

15 Vid. artículo 41.k) de la ley de Extranjería, incorporado a esta norma mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (Vid. la primera nota de este capítulo).

la de la entidad de protección de menores, como a los que por haber alcanzada la mayoría de edad les sea concedida una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, les será aplicable el artículo 40.j) de la Ley de Extranjería. Según este precepto, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigida a los menores extranjeros en edad laboral con permiso de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.

5. Menores solicitantes de asilo

El artículo 92 se refiere en su sexto y último apartado a los menores solicitantes de asilo, para señalar que en este caso se estará a lo dispuesto en el artículo 15.4 del Reglamento de ejecución de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

Ese artículo 15.4 dispone que los solicitantes de asilo menores de 18 años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes de protección de menores, poniéndose el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal; que el tutor que legalmente se les asigne le representará durante la tramitación del expediente; y que las solicitudes se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo¹⁶.

Entre esas recomendaciones cabe destacar la Resolución del Con-

16 En cuanto a los servicios de que podrán beneficiarse estos menores, vid. Disposición final tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de extranjería, que introduce una modificación en los apartados 1º y 3º del artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

sejo de la Unión Europea de 26.6.1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, que se ocupa específicamente de estos menores en su artículo 4. Este precepto aconseja a los Estados miembros que den un tratamiento de urgencia a estas solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los menores y su vulnerabilidad; también, que las entrevistas relacionadas con la solicitud de asilo sean realizadas por funcionarios con la necesaria experiencia o cualificación; y que sean evaluadas teniendo en cuenta, además de hechos y circunstancias objetivos, la madurez, edad y desarrollo mental del menor, así como la posibilidad de que su conocimiento de las condiciones imperantes en el país de origen sea limitado.

III. Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros

A. Finalidad

Los programas de desplazamiento temporal de menores extranjeros, regulados en el artículo 93 del Reglamento, se conciben con una clara finalidad humanitaria¹⁷. Están pensados para menores procedentes de países donde se viven situaciones de marcada pobreza y donde se carece en consecuencia de adecuados recursos sanitarios o educativos, de países donde se viven conflictos políticos o bélicos, de países donde han ocurrido grandes catástrofes...

Con estos programas se trata, en definitiva, de que los menores de estos países puedan venir temporalmente a España para recibir un tratamiento médico específico, con fines de escolarización o, simplemente, para disfrutar de unas buenas vacaciones. A modo de ejemplo, nuestros medios de comunicación suelen hacerse eco, año tras año, de la llegada de menores saharauis para disfrutar de las vacaciones de verano.

¹⁷ Aunque hemos de señalar que en el nuevo Reglamento se elimina la referencia expresa que hacía el Reglamento anterior –artículo 63– a las razones humanitarias.

B. Gestión de los programas

Estos programas pueden ser promovidos y financiados por las Administraciones Públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones, u otras entidades o personas ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela. Esta última precisión se incorpora en el nuevo Reglamento. Las personas que ejercen la patria potestad o tutela de un menor no pueden promover uno de estos programas para que el menor venga en España, a modo de ejemplo, con fines de escolarización. Para ello ya disponen de otros cauces, principalmente, la reagrupación familiar.

Para que estos programas puedan realizarse es preciso que se cumplan una serie de requisitos:

- En primer lugar, se ha de contar, obviamente, con la autorización expresa de quienes ejerzan la patria potestad o tutela del menor en el país de origen.
- En segundo término, se precisa el informe favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales, en cuyo territorio vayan a permanecer los menores. Está previsto que a efectos de emitir este Informe el Delegado o Subdelegado del Gobierno pueda solicitar a su vez un informe del órgano de la Comunidad Autónoma o Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores, que habrá de emitirse a iniciativa de la entidad promotora del programa¹⁸.

En el Informe Gubernativo deberá dejarse constancia de una serie de datos (artículo 93.5): que el programa cumple los requisitos y auto-

¹⁸ Un aspecto que entendemos que deberá verificarse cuidadosamente antes de emitir estos informes es el relativo al carácter efectivamente humanitario del programa, a fin de evitar abusos. En épocas pasadas hemos asistido a la denuncia de casos en los que se había promovido un programa de desplazamiento temporal de menores, cuando éstos no eran realmente necesitados y cuando sus padres habían pagado además dinero para que pasaran unas vacaciones en España (S. Adroher Biosca; "La Protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el derecho español". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 5/1999; p. 39).

rizaciones exigibles en España, proporcionados para al fin de la estancia y su duración, tanto en materia sanitaria o de escolarización, como de protección jurídica del menor en relación con la finalidad expuesta y de esa duración, que no podrá exceder de un curso académico, en orden a garantizar la ausencia de riesgo o desprotección de éste.

- En tercer lugar, en el caso de que los menores vayan a ser acogidos por familias o personas individuales, éstas deberán expresar por escrito su conocimiento de que la acogida del menor no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el regreso a su país de origen o procedencia (artículo 93.3). Hay que tener en cuenta que entre los menores y las familias acogedoras se crean normalmente unos vínculos afectivos muy fuertes. A muchas de estas familias les cuesta aceptar que el menor tenga que regresar a su país de origen, y se han dado casos de familias que se han opuesto. Con el compromiso previo que asumen las familias y la información que para ello habrán de suministrarles las entidades promotoras de estos programas, se trata de evitar que tales problemas puedan volver a repetirse.

Se establece además, como cautela adicional para garantizar el retorno de los menores, que los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo y Asuntos Sociales y del Interior coordinarán el desplazamiento y estancia de estos menores, y que por este último departamento se controlará su regreso al país de origen o de procedencia (artículo 93.2).

A la oficina consular española en el país de origen de los menores corresponde controlar los requisitos anteriormente mencionados antes de expedir el correspondiente visado. El artículo 93 dispone en su apartado 5º que los requisitos y exigencias de este artículo se entenderán cumplidos, a los efectos de la concesión del visado, a través del Informe favorable del Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, donde se reflejen los datos que señalábamos anteriormente. Asimismo,

mo, se habrá de verificar el compromiso de las familias acogedoras, según lo anteriormente referido, y la existencia de autorización expresa por parte de quienes ejerzan la patria potestad o tutela del menor en el país de origen.

El regreso del menor no debe implicar coste alguno para el erario público, salvo en el caso de que dicho coste haya sido asumido expresa y previamente por la autoridad competente. Así que exceptuando los casos en que la entidad promotora del programa sea una Administración pública, debe estar muy claro quien asume este coste.

El Reglamento incorpora, como novedad, una referencia particularizada a los programas de desplazamiento temporal de menores con fines de escolarización, para señalar que en este caso se tramitarán de conformidad con lo establecido para el régimen de los estudiantes previstos en el Reglamento (artículo 93.4). Esa referencia conduce a los artículos 85 y ss. del Reglamento donde se establece, entre otras cosas, que será necesario haber sido admitido en un centro docente español, y que deberán tenerse garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de los estudios y de estancia.

A efectos de asegurar el carácter temporal de la estancia por estudios se precisa, a continuación, que la misma acaba al finalizar el curso académico, y que salvo que razones excepcionales lo impidan, el menor deberá regresar a su país. En el caso de que desee continuar los estudios por más de un curso académico, deberá incluirse al menor en un nuevo programa (artículo 93.4).

IV. La residencia del hijo de residente legal

El nuevo Reglamento incorpora en el Título VIII un precepto dedicado específicamente a regular la residencia del hijo de residente legal –artículo 94–.

Este precepto dispone, en su apartado 1º, que los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en

España, adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores.

A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia legal, acompañando original y copia de la partida de nacimiento, así como copia de la autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores.

Esta misma cuestión se regulaba en el artículo 41.6 del anterior Reglamento, pero con carácter más restrictivo. Este precepto se refería únicamente al hijo nacido en España de extranjero residente legal. La nueva normativa contempla esta posibilidad, y también, la posibilidad del hijo nacido en España de un progenitor que posteriormente acceda a la situación de residente legal. También se refiere al hijo nacido en España de padre o madre reconocidos como refugiados, para señalar que en estos casos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de asilo o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

- El artículo 94 del Reglamento también dispone, en su apartado. 2º, que los extranjeros menores de edad o incapacitados no nacidos en España que o bien sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España, o bien estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios de vida y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar. En principio, estos menores o incapaces podrían acceder a nuestro país regularmente en base a la reagrupación familiar¹⁹. Pero dado que para ello se requiere el cumplimiento de una se-

19 Cfr. Capítulo VI.

rie de requisitos, que implican el transcurso de unos plazos de tiempo que no siempre se cumplen, se ofrece esta vía de regularización para acceder a la situación de residencia legal.

Para ello será necesario, como se ha visto, acreditar una residencia permanente y continuada en España durante un período mínimo de dos años. Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, deberá acreditarse adicionalmente que han estado matriculados en un centro de enseñanza y asistido regularmente a clase, salvo ausencias justificadas, durante su permanencia en España.

El Reglamento anterior regulaba este supuesto entre los casos en que podía solicitarse la exención de visado, sin requerir el plazo de dos años de permanencia en nuestro país, y sin que resultara necesario acreditar la escolarización. En este punto por tanto la nueva normativa resulta más exigente.