

El marco jurídico de la inmigración e interculturalidad en España

La protección de niños, menores y adultos en España y la Región de Murcia*

*M^a ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ***
Universidad de Murcia

Resumen

Especial trascendencia tiene, en una sociedad multicultural, articular un correcto sistema para la protección jurídica de los menores inmigrantes, al tratarse del colectivo que, junto con la mujer, se encuentra en la base de la pirámide multicultural. La presente contribución analiza la normativa del Ordenamiento español que tiene por objeto dicha protección (así como su aplicación práctica), abordándola desde la óptica del cumplimiento del principio del interés superior del menor que constituye el eje central que ha de presidir, tanto las normas y su interpretación, como las decisiones judiciales de los tribunales relativas a los menores. Posteriormente aborda la evolución de la configuración de un Derecho intercultural, el auténtico desafío del legislador del siglo XXI, para, finalmente, aunando ambos análisis, manifestar las incoherencias existentes entre, por una parte, la reglamentación de la protección del menor inmigrante y por otra, el camino que, en sus primeros pasos, se va recorriendo en la aceptación intercultural.

Palabras clave: Menores, Interés superior, Extranjero, Protección jurídica, Derecho intercultural, Integración-aceptación.

* Fecha de recepción: 15 noviembre 2004

** Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia. Campus de la Merced, C/. Santo Cristo, 1. 30001 – Murcia. Telf. 968-363060.

Abstract

The present paper touches upon the analysis of the Spanish legal regulations that guarantees the protection of children and minors, and by extension the adults' too, within the context of today's immigration and interculturality. We have given special attention to the blatant lack of correspondence between such regulations and the intercultural demands.

I. Introducción. Delimitación del marco legal

En una sociedad multicultural como la nuestra, los niños, los menores de edad, tienen que ser objeto de una especial protección, ya que a su minoría de edad se une el hecho de ser extranjeros en el país de acogida. Son los menores, junto con las mujeres extranjeras, los colectivos que se encuentran en la base de la pirámide de una sociedad multicultural. Los ataques contra sus derechos fundamentales son ciertamente peligrosos.

Desde la evidente trascendencia que presenta la estructuración de un sistema legal con el objeto de la protección de los menores, nos vamos a adentrar en el objeto que ahora nos ocupa centrado en la delimitación del marco legal del Ordenamiento español en relación a la inmigración, y en particular, en relación a la protección del menor extranjero –finalmente me referiré, en unas notas, a la protección de la mujer inmigrante–.

Para delimitar el marco legal de las normas aplicables a los menores extranjeros es preciso distinguir entre (1) Conjunto normativo aplicable a los menores para su protección por su condición de menor y (2) Conjunto normativo aplicable a los menores por su condición de extranjeros.

II. El marco normativo aplicable por la condición de menor

La Constitución Española, en su artículo 39, se refiere a la protección de la familia en general, y de los menores en particular, recogiendo los principios y valores fundamentales en esa protección que, si bien corresponde por supuesto a los padres, también establece que «los poderes públicos tienen que asegurar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación», a ello añade, que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Termina pues por remitirse a los Tratados internacionales ratificados por España, cuya aplicación es obligatoria (art. 96 CE). Dejando aparte los precedentes, que en realidad se han mostrado como declaraciones generales de principios¹, actualmente el centro de la normativa internacional es la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989*, aplicable en España desde el año 1991. Este Convenio (a partir de ahora CDN) representó un hito, la clave fundamental para que al menor se le entendiera como

1 Se trata de la Carta de los Derechos del Niño (Declaración de Ginebra) de 1924 y la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959.

un sujeto de derechos, ya que su objeto es la protección del niño², y para ello recoge un conjunto de Derechos que los Estados que lo han ratificado se comprometen a trasladarlos a su Ordenamiento³. Ahora bien, en el CDN hay un principio que lo sitúa como el eje de todo el sistema, de toda su regulación, es el principio del «interés superior del menor» que, como indica en su artículo 3.1, ha de respetarse 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.

Esta es la razón de que, tras la ratificación del CDN, se adoptara en España la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁴. Al estar ésta Ley directamente inspirada en el Convenio sobre los Derechos del Niño, recoge igualmente el principio del «interés superior del menor» sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2). Así, la protección del menor por su condición de tal debe primar frente a su condición de extranjero. Además, la Ley de Protección del Menor recoge, a partir de su artículo 3, los derechos del menor en el mismo sentido que los recogidos en el CDN, aludiendo al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al derecho a la información, a la libertad ideológica, al derecho de asociación y reunión, a la libertad de expresión, a la participación al derecho a ser oído. Se trata de derechos referidos tanto a los menores españoles como extranjeros⁵.

Finalmente, en este marco normativo sobre la protección del menor, hay que añadir la normativa de las Comunidades Autónomas, consecuencia de la transferencia de competencia en el ámbito de las medidas de protección de los menores en sus respectivos territorios. A ello obedece la Ley de la infancia 3/1995, de 21 de marzo, adoptada por la Asamblea Regional de Murcia el 21 de marzo de 1995⁶ que, basada en las normas anteriores, recoge los derechos del niño en el mismo sentido y también por ello pone el acento de la reglamentación en el principio del interés superior del menor (art. 4).

2 Señala en el Preámbulo: «El niño, por razón de su madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento».

3 Sobre la aplicabilidad directa o no del CDN, *vid.* ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Granada, 2000, en esp., pp. 36 ss.; DURÁN AYAGO, A., «La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización», en CALVO CARAVACA, A.L./ BLANCO-MORALES, P. (Dirs.), *Globalización y Derecho*, 2003, pp. 213 ss.

4 *Vid.* BORRÁS, A., «Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva Ley del Menor», en *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional Privado por los jueces españoles*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 161 ss.

5 Establece el art. 3: «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social» (en el sentido que recoge el art.14 de la Constitución Española).

6 B.O. Región de Murcia, 12 de abril de 1995; BOE 2 junio de 1995, núm. 131.

A raíz de este conjunto normativo, y antes de seguir adelante en la protección de los menores, considero esencial delimitar, con carácter previo, el concepto de «menor» de acuerdo con los textos anteriores.

El art.1 de la CDN, entiende como tal «*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*». Se trata pues del menor de 18 años, a no ser que el país del que es nacional⁷ lo considere antes como mayor de edad, o lo que es igual pero en sentido inverso, hemos de considerar que un extranjero es menor o mayor de edad de acuerdo con lo que establezca el país del que es nacional con el límite máximo de los 18 años.

Esta definición es también la que recoge la Ley de Protección Jurídica del Menor (art.1)⁸. Sin embargo, la Ley de la Infancia de la Región de Murcia no sigue exactamente el anterior concepto, ya que entiende como tal, en su artículo 2, «*el período de la vida que abarca hasta los 18 años de edad*». No recoge la posibilidad de que a un sujeto menor de 18 años se le considere mayor si así lo entiende la ley del país del que es nacional.

Esta falta de concreción va en contra de nuestros convenios internacionales y de la Ley de Protección del Menor. En consecuencia no se puede interpretar como una pretensión de ser más «benévolo» y considerar que la minoría de edad abarca siempre hasta los 18 años con independencia de lo que diga la Ley del menor, porque aunque esa fuera su intención, no sería posible plasmarla en la norma, sencillamente digamos que se debe a un «olvido» del redactor de esta Ley que merecería la pena remediar mediante su modificación. Además, de llevarse a cabo la reforma de este art. 2, pienso que sería positivo aprovechar la oportunidad para introducir una diferencia entre los menores, como hacen otras Leyes Autonómicas⁹, distinguiendo entre niños y adolescentes, poniendo la barrera en los 12 años, con el objeto de dar un tratamiento diferente en función de tal edad, consecuencia de las distintas necesidades.

7 La Ley que le es aplicable es, según nuestro Ordenamiento, la del país de su nacionalidad (art. 9.1 Cc).

8 Ante este concepto de menor, definido de acuerdo con su Ley nacional con el límite de los 18 años, puede cuestionarse el problema que se presenta cuando se localizara a un menor de 18 años que, según su legislación, es mayor de edad. En estos casos encontramos que, según nuestra Ley es un menor de edad, y por tanto merecedor de la protección que le otorgan nuestras normas, sin embargo, al aplicar su Ley nacional y con ella considerarlo mayor, se le priva a este menor de la protección que según nuestro Ordenamiento va aparejada a su minoría de edad (no sería analizada su situación (si es de desamparo) y sería devuelto a su país). Ello motiva la postura de E. PÉREZ VERA, cuando señala que el principio de trato más favorable deberá orientar la interpretación del art. 1 del CDN «no sólo en aplicación de un principio general del Derecho, sino por expreso imperativo convencional». Cfr. «El Convenio sobre los Derechos del Niño», en *Garantía internacional de los derechos sociales, Contribución de Naciones Unidas al progreso y desarrollo social, los derechos del niño, la eliminación de la discriminación de la mujer y desarrollo del voluntariado*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 169 ss. En similar sentido RODRÍGUEZ MATEOS, P., se muestra favorable a una interpretación finalista, entendiendo que las cuestiones de capacidad no deben afectar a la verdadera finalidad de la protección de los menores. Cfr. «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989» en *REDI*, 1992, vol. 2, pp. 466 ss.

9 Así ocurre por ejemplo en la Ley de 1995 de la Comunidad de Madrid, o la Ley de Galicia de 1997, o la Ley Catalana de 1995, o la Ley aragonesa de 2001.

III. El marco normativo aplicable por la condición de extranjero

La delimitación del marco normativo referido al menor extranjero se completa con el conjunto de normas aplicables al menor, ahora, por su condición de extranjero y, en consecuencia, contenidas en la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se trata de la mal llamada Ley de extranjería ya que induce al equívoco de entender que se trata de una Ley reguladora de la condición jurídica en España de todos los que no son españoles (de todos los extranjeros), lo cual no es cierto. De la Ley están excluidos el importante colectivo de los ciudadanos de la UE, así como los llamados asimilados, esto es, nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza¹⁰, tampoco se aplica la Ley a los extranjeros que se encuentren en España por su condición de funcionarios Diplomáticos o Consulares, ni a sus familiares (art. 2). En definitiva, esta Ley está pensada para regular los flujos migratorios, es decir, es de aplicación al extranjero inmigrante que quiere trasladarse a España para trabajar y con ello mejorar sus condiciones de vida. Debería por ello ser conocida como Ley de inmigración. No obstante, hecha tal aclaración y puesto que es usual referirse a ella socialmente con el término (no jurídico) de Ley Orgánica de extranjería, voy a continuar con esta denominación.

La Ley de extranjería es el marco jurídico en el que se regula la inmigración, los flujos migratorios en España, siendo la primera del año 1985. Hasta esa fecha no había una normativa completa y la causa es que España en esos años era esencialmente un país de emigración, en consecuencia nuestras normas en esta materia tenían el objetivo de regular la situación de los españoles que se instalaban en el extranjero. Es por ello, que a raíz del aumento de la inmigración en la década de los años 80 se entendió preciso articular una normativa, la cual quedó plasmada en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Posteriormente, el incremento del número de inmigrantes hacia España mostró la necesidad de poner el acento en la integración del extranjero en España, más que en el modelo de policía basado en la regulación de los flujos migratorios. Esto motivó la necesidad de sustituir la Ley de 1985 por otra nueva que considerase específicamente el aspecto de la integración, ese fue el objetivo de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

No obstante, esta Ley fue modificada en el mismo año 2000, tras un tenso debate parlamentario, concretamente la modificación se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Con esta Ley se hizo realmente una gran reforma de la anterior, no fue un simple «lavado de cara», con la que se volvió en gran parte a las soluciones de la Ley del año 85, de ahí que fue conocida como la contrarreforma.

10 El régimen aplicable a estos sujetos se deriva directamente de las directrices comunitarias con el objeto de que tuvieran un régimen privilegiado en todos los Estados Miembros. En España ese régimen se contiene en el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados Parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Sin embargo no termina ahí la configuración del régimen de la Ley –mostrando que el legislador no tiene clara la política en materia de extranjería– ya que en el año 2003 se promulgó una nueva reforma mediante la LO 14/2003 y aun estamos esperando que se promulgue el nuevo Reglamento que la desarrolle, mientras tanto tenemos que seguir aplicando el Reglamento anterior, es decir, el aprobado mediante el RD 864/2001, de 20 de julio, en todo caso existe un «Borrador del futuro Reglamento», cuyo consenso parece claro, al que voy a referirme en aquellos aspectos en los que exista modificación.

Teniendo en cuenta las reformas señaladas, el marco jurídico de la inmigración se contiene en la *Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, modificada por la LO 8/2000 y por la LO 13/2003* (a partir de ahora LOE). Ahora bien, antes de adentrarnos en esta normativa, es necesario, con carácter previo, delimitar cuándo nos encontramos ante un menor que tenga la condición de extranjero, ya que en ocasiones, la confusión que puede tenerse por los propios extranjeros, incluso inducida, puede convertirse en un falso «efecto llamada», utilizando la expresión que, a tenor de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000, era lo que motivaba la contrarreforma.

La respuesta a esta cuestión hay que buscarla en la regulación de la nacionalidad que realiza el Código civil en sus artículos 17 y siguientes. De acuerdo con esta normativa es preciso comenzar por señalar, en sentido negativo, que no son extranjeros, sino españoles, los hijos de padre o madre español o española, sean matrimoniales o extramatrimoniales (art. 17.1 a) Cc)¹¹ es el caso de los matrimonios mixtos¹². Por tanto estos casos quedan fuera del objeto que ahora nos ocupa sobre la protección de los menores extranjeros.

En consecuencia los extranjeros son los hijos de padres extranjeros. Estos tienen la condición de extranjeros aunque hubieran nacido en España, pues en principio, y como regla general, por el hecho de nacer en España no se le atribuye la nacionalidad española si es hijo de extranjeros –y ello aunque tenga que inscribir el nacimiento en el Registro civil español (art. 15 RRC)–. No obstante, el hecho de nacer en España le reporta una ventaja para la futura adquisición de la nacionalidad española, porque para ello es suficiente que acredite su residencia legal y continuada en España por un plazo de sólo un año, frente a los diez que se exigen con carácter general (art. 22.2 a) Cc). Esta residencia ha de ser inmediatamente anterior a la solicitud de la nacionalidad y podrán formularla las personas a las que se refiere el art. 21.3 Cc¹³.

11 Igualmente son españoles los extranjeros menores de dieciocho años adoptados por un español, ya que, desde el momento de la adopción adquiere la nacionalidad española de origen (art. 19 Cc).

12 Importantes son los problemas que presentan los matrimonios mixtos y que afectan directamente a los hijos, como el relativo a la guarda de los hijos en caso de separación, o el del secuestro internacional de menores (*Legal Kidnapping*), cuya respuesta ha de configurarse por el Derecho Internacional privado.

13 Esta solicitud puede hacerla, de acuerdo con este precepto, desde su emancipación o desde su mayoría de edad –aspectos determinados según su ley nacional–, o bien desde que tiene catorce años asistido por su representante legal, o si la pretende adquirir con menos de 14 años, por el representante legal (siendo preciso que éste hubiera obtenido, previamente a la formulación de la solicitud, autorización del encargado del Registro Civil del domicilio previo dictamen del Ministerio Fiscal, autorización que se concederá en interés del menor (art. 21.2 en conexión con el art.20.2 a) Cc).

Ahora bien, si como regla general los nacidos en España de padres extranjeros son extranjeros, también hay que decir que hay excepciones. Existen supuestos en que al nacido en España se le reconoce la nacionalidad española¹⁴, a saber:

- 1) Cuando el hijo hubiera nacido en España de padres extranjeros, si alguno de ellos hubiera nacido también en España (art. 17.1.b) Cc). Se trata en este caso de terminar en algún momento con la perpetuación de linajes de extranjeros en España. De este supuesto quedan exceptuados los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España, ya que en este caso, no existe una vinculación, un arraigo, que motive la atribución de la nacionalidad española.
- 2) Cuando ninguno de los padres tuviera una nacionalidad de un Estado (es decir, fuera apátrida) (art. 17.1.c) Cc). Este supuesto obedece al cumplimiento del art.7 de la CDN cuando establece que el niño tiene derecho desde que nace a adquirir una nacionalidad¹⁵, por tanto, si nace en España de padres apátridas, nuestras leyes tienen que reconocerle la atribución de la nacionalidad española para, en base al principio del interés superior del menor, evitar que el niño también sea apátrida.
- 3) Cuando la filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español (art. 17.1 d) Cc). En este caso, puesto que los padres son desconocidos en el momento del nacimiento, para evitar que ese niño carezca de nacionalidad se le reconoce la española, que no la perdería aunque posteriormente se acreditara su filiación y fueran sus progenitores extranjeros. La causa de este supuesto obedece, igual que el anterior, a evitar la apatridia del menor.
- 4) Por último, también es español el hijo de extranjeros nacido en España cuando la Ley del país de los progenitores no atribuyera al hijo una nacionalidad en el mismo momento del nacimiento (art. 17.1.c) Cc). También ahora la causa a la que obedece este supuesto es la de evitar la apatridia del menor.

Es importante este caso porque durante los últimos años se han incrementado las solicitudes de inscripción de un hijo como español alegando los padres esta causa, pero no en todos los casos esto es cierto.

Concretamente, por esta vía se reconoce como español al nacido en España de padres cuyas leyes sólo atribuyen la nacionalidad de su país a los nacidos en su territorio, como es el caso del nacido en España hijo de argentinos, peruanos, uruguayos o portugueses.

14 Dada la importancia que tiene el hecho del nacimiento en España para la adquisición de la nacionalidad, la DGRN exige una prueba acreditada del mismo (RDGRN 11 de octubre 1973, RDGRN 16 de noviembre de 1988, RDGRN de 2 de febrero de 1989, RDGRN de 13 de febrero de 1989, RDGRN de 3 de noviembre de 1989, RDGRN de 7 de junio de 1991, RDGRN de 27 de abril de 1992).

15 Según este artículo: «1. El niño...tendrá derecho desde que nace...a adquirir una nacionalidad...2.Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida».

Igual ocurre respecto de los nacidos en España de padres marroquíes y ecuatorianos, sin embargo en estos casos las matizaciones son completamente necesarias¹⁶.

En el caso de hijo de marroquíes nacido en España sólo se le atribuye la nacionalidad española por esta causa cuando, siendo ambos progenitores marroquíes, el padre no hubiera reconocido la paternidad con arreglo a sus Leyes, porque en este supuesto la Ley marroquí no atribuye al hijo tal nacionalidad (sí se considera marroquí al hijo si la madre es marroquí y el padre desconocido), razón por la cual, en este caso se le atribuye la nacionalidad española.

En lo que respecta al hijo de ecuatorianos nacido en España hay que partir de la base de que la Ley de Ecuador establece que el nacido de padres que transitoriamente se hallan fuera de Ecuador es ecuatoriano, por tanto no se le atribuye la nacionalidad española, en ese caso inscribirán al hijo en el Registro Consular alegando la transitoriedad de su residencia en España. Sin embargo, si los padres residen con carácter definitivo en otro país, la Ley de Ecuador no le atribuye la nacionalidad ecuatoriana si el hijo no nace en Ecuador. En este último caso es cuando se les atribuye la nacionalidad española.

Salvo estos supuestos excepcionales, el hijo de extranjeros, aunque hubiera nacido en España, es extranjero. Y ahora, delimitado cuándo nos encontramos ante un menor extranjero podemos abordar la protección que, según nuestro Ordenamiento, se les otorga.

IV. La protección de los menores extranjeros en España

Para conocer lo que establece nuestro Ordenamiento respecto de la protección del menor extranjero es preciso comenzar por delimitar diversas situaciones, pues precisamente por su diversidad, la protección que precisa cada una de ellas es diferente¹⁷. Concretamente voy a referirme a la protección del menor distinguiendo:

- (1) En primer lugar, la situación que, puede decirse, es un tipo específico de inmigración infantil, cada vez más frecuente, y es la que tiene lugar cuando el niño aún no ha nacido, es decir, la madre llega embarazada al territorio español.
- (2) Una situación distinta, y un segundo supuesto por tanto, es la de menores que han quedado en su país de origen al cargo de familiares, y son los padres los que vinieron a España buscando condiciones más favorables de vida que las existentes en su país.
- (3) La tercera situación, y la más compleja, es precisamente la inversa de la anterior: la del menor inmigrante que se desplaza sólo (sin su familia) a España.

16 Respecto a estos supuestos *Vid.* las RDGRN en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J./SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Legislación sobre nacionalidad y extranjería comentada y con jurisprudencia*, 2002, pp. 13 ss.

17 Como señala ESTEBAN DE LA ROSA, G. «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas», *Diario La Ley*, 7 de febrero de 2003, «los menores son una categoría “específica” de extranjeros». *Vid.* DURÁN AYAGO, A., *La protección internacional del menor desamparado*, Madrid, 2004.

- (4) Una última situación, y la mejor, es la del niño que nace en territorio español de padres con autorización de residencia en España.

1. Protección del «nasciturus». Madre embarazada

El niño que entra al territorio español en el seno de su madre es objeto de protección, que se extiende a esta última («niños-ancla»). Así se deriva del art. 57.6 de la LOE, al impedir la expulsión de las mujeres embarazadas cuando tal medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre y, con exacto alcance, el art. 58.3 recoge la prohibición de devolución en éstos casos.

Por la misma razón de protección el art. 12 de la LOE reconoce a las extranjeras embarazadas que se encuentren en España –por tanto, con independencia de la situación de regularidad o no– el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Esta es la protección que se da a las mujeres embarazadas, por eso hay que desmentir la idea de que tengan ventaja alguna para acceder a la situación de residencia por el hecho del nacimiento en España del niño, o lo que es más grave aún, al ser aprovechado por las mafias para «convencer» a estas madres, que el hijo pudiera ser español. Lo único que hay de ventaja en relación a la nacionalidad española es, como arriba se ha señalado, que la vendrá facilitada en el futuro.

2. Protección del menor que ha quedado en su país

Cuando son los progenitores los que vinieron a España, encontraron trabajo y obtuvieron la autorización de residencia, pueden traer a su hijo por la vía legal de la reagrupación familiar regulada en la LOE (arts. 16 a 19) que, esencialmente, puede decirse que se trata de un mecanismo, sometido a un determinado procedimiento, por el que se autoriza a determinados familiares del extranjero residente la entrada en España en condiciones más favorables que las que se exigen al resto. Es la vía esencial para la integración de los extranjeros que se establecen con intención de continuidad en España.

No deja de ser llamativo que la reagrupación familiar se entienda en la LOE (art. 16) como un derecho que corresponde al reagrupante (a diferencia de lo que ocurría en la originaria LO 4/2000, modificada en este punto por la LO 8/2000), y no se conciba, al menos tratándose de un menor, como un derecho de este último, pues su protección así lo exigiría. De hecho, la Ley de Protección del Menor parte de ésta última base al recoger el principio del mantenimiento del menor en el medio familiar de origen (salvo que no sea conveniente para su interés) (art. 11.2.b), porque a su vez, en el CDN se recoge también como una pretensión la vida en familia. Se trata de respetar el derecho fundamental del menor a vivir en su entorno familiar y no separado de sus padres.

En todo caso, si el hijo es reagrupado con sus familiares en España, ellos se ocupan de su protección en tanto dure su minoría de edad. Por tanto la cuestión es el futuro de estos

menores reagrupados cuando llegan a la mayoría de edad ¿tienen alguna ventaja para permanecer en España? la respuesta está en el art. 19.2 de la LOE cuando señala que «los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar».

3. Protección del menor no acompañado en territorio español

Especial problemática plantea este supuesto al tratarse del caso que realmente requiere de una mayor protección. A él se refiere el art. 35 de la LOE, y el art. 62 del Reglamento vigente (en el «Borrador del futuro Reglamento» se recoge en el art. 92, sobre el cual, aun no habiendo sido aprobado, haremos algunas consideraciones).

De acuerdo con estos preceptos, la protección empieza desde el momento en que la Policía tiene conocimiento, o localiza en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no puede ser establecida con seguridad, es decir, que aparente ser menor. Su primera actuación ha de ser la de informar a los Servicios de Protección de menores de la Comunidad Autónoma donde ha sido encontrado para que, en caso necesario, le presten la atención inmediata que requiera. Cabe pensar que en la práctica esta asistencia será lo habitual consecuencia de que las formas de entrada de un menor que viene sólo a España no van a ser precisamente fáciles.

Además de esta atención sanitaria urgente, es necesario también que se comunique al Ministerio Fiscal la localización del menor (cuya actuación es esencial al ser el que se encarga de velar por su protección), el cual ha de ordenar que se realicen las pruebas médicas necesarias para determinar su edad, requiriendo para ello la colaboración de las entidades sanitarias oportunas (normalmente consisten en la realización de radiografías de muñeca).

Determinada la edad, si efectivamente se trata de un menor, el Ministerio Fiscal lo pone a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores mientras duran las averiguaciones necesarias para localizar a su familia, o en su defecto, a los Servicios de Protección de Menores de su país.

A partir de este momento, el procedimiento, que se lleva a cabo ante los Subdelegados del Gobierno o, en su caso, ante los Delegados del Gobierno (supuesto que ocurre en la Región de Murcia), puede finalizar, bien con la repatriación del menor al país donde se encuentran sus familiares, que es lo normal, o bien, excepcionalmente, con su permanencia en España. Veamos separadamente cada caso.

A) La repatriación del menor

De la normativa de extranjería se desprende que siempre, en primer lugar, se ha de pretender repatriar al menor para que regrese con su familia o con las Instituciones de protección de menores de su país. Para ello es necesario identificarlo y determinar si tiene familiares en el país de procedencia o, si aquella Institución se hará cargo de él. Estos

datos puede aportarlos el menor, aunque previsiblemente no lo hará para dificultar la repatriación, de ahí que para obtener esta información es clave la intervención, tanto de los servicios de protección del menor, como de la Policía.

Obtenida esta información se remite, en el caso de Murcia, al Delegado del Gobierno, el cual tiene que solicitar de la Comisaría General de Extranjería que se ponga en contacto con la Embajada y Consulado del país del menor con el fin de localizar a sus familiares, o a los Servicios de protección de menores que se hicieran responsables de él —de no existir representación diplomática en España de tal país, estas gestiones se realizan a través del Ministerio de Asuntos Exteriores—.

A partir de aquí nuestra normativa de extranjería es muy estricta al señalar (art. 62.4 del Reglamento) que, salvo la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, o la de sus familiares, «una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación», que es acordada por el Delegado del Gobierno (o Subdelegado), y ejecutada por la Policía mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatrie.

A la vista de esta reglamentación considero cuestionable el carácter automático con que concibe la repatriación, ya que procede siempre y de manera mecánica cuando son localizados los familiares del menor o se puede poner a disposición de los Servicios de protección de su país de origen. La LOE no tiene en cuenta los verdaderos motivos que le impulsaron a venir a España, que incluso podrían derivar de los malos tratos a los que era sometido por su familia. En mi opinión es criticable esta concepción si se considera que, como establece la CDN, ha de prevalecer el interés superior del menor¹⁸, ¿no significa eso que toda norma de los Estados que la han ratificado tiene que basarse en este principio?, y entonces ¿se puede identificar el interés superior del menor siempre, en todos los casos, con su reagrupación familiar? Estamos de acuerdo con Senovilla Hernández, cuando señala que la respuesta resulta, cuando menos, cuestionable, como lo ha denunciado el Defensor del Pueblo —«parece cuestionable que en todos los casos la reintegración a la unidad familiar y la convivencia en su entorno puede configurarse de manera apriorística como la mejor de las alternativas posibles para todos los menores, pero aún resulta más cuestionable la solución de la reagrupación cuando un alto número de estos menores retorna a España en plazos muy pequeños, a veces de horas»—, lo que motivó que emitiera dos recomendaciones dirigidas, respectivamente, a la Delegación del Gobierno en Melilla, y a la Consejería de Bienestar Social y Salud de la Ciudad Autónoma haciendo hincapié, entre otras cuestiones, en la necesidad de proceder a un estudio individualizado de las circunstancias en que se encuentra cada menor antes de tomar la decisión de repatriarlo o no¹⁹. Eso es verdaderamente

18 Art. 3.1 CDN: «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».

19 SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., «El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, julio 2004, pp. 55 ss. (en esp. pp. 64-65).

actuar en interés del menor y no la repatriación automática que recoge nuestra normativa, en la cual, considero que «utiliza» el derecho de reagrupación familiar del menor pues finalmente lo vuelve en su contra al convertirlo realmente en obligación del menor. Pero es más, es éste uno de los aspectos donde se muestra plenamente la incoherencia de nuestra normativa, y es que no se puede entender que el artículo 16 de la Ley de extranjería, al regular el derecho de reagrupación familiar, no lo recoge como un derecho del menor sino del reagrupante, y sin embargo ahora, para devolver al menor, se conciba tan estricto como un derecho del menor. ¿Es que para venir a España con sus familiares el principio del interés superior del menor no existe? Pienso que este dato revela el trasfondo del objetivo de la política de la protección del menor.

Pero es más, si cuesta trabajo comprender el carácter automático de la repatriación cuando el menor regresa con su familia, pienso que aun es más difícil justificar el interés del niño, en que debería basarse la repatriación automática, en defecto de familiares del menor, y por tanto cuando sólo se han podido localizar los Servicios de protección del país del menor que dicen hacerse cargo de él. En el caso en que regresara con su familia se utiliza un derecho del menor con una finalidad que no es la recogida en la CDN, pero en este caso me pregunto cuál es el derecho del niño en que se basa la repatriación, y por tanto la cuestión es en qué se basa ahora el respeto al principio del interés superior del menor ¿hemos de suponer que el menor va a estar mejor tutelado en su país?, ¿en base a qué criterios?, ¿no debería, al menos, obtenerse cierta información sobre las condiciones en que los Servicios de protección de menores de su país proceden a la misma?.

El «Borrador del futuro Reglamento» añade un párrafo en el que introduce la alusión en este punto al interés del menor. En el art. 92.4 *in fine* señala «De acuerdo con el principio del interés superior del menor, 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 del país de origen». Podría ser importante si estuviera rompiendo la equiparación entre interés del menor con la repatriación, sin embargo es preciso considerar que, cuando la repatriación se basara en la reagrupación familiar lo que indica esta precisión no es nada nuevo, es más, incluso aun peor, pues si con el actual Reglamento se deduce la identificación del interés del menor con su reagrupación familiar y por tanto con su repatriación, ahora se introduce expresamente tal identificación, al establecer únicamente que solo se acuerda si se dieran las condiciones para la «efectiva» reagrupación familiar, por tanto continuamos con la repatriación cuando se localice a la familia. Sin embargo, cuando no se localizara a la familia y sí a los Servicios de Protección del Menor de su país, éste nuevo párrafo establece que la repatriación procederá si se dieran las condiciones para «la adecuada» tutela. Parece introducir que se eliminaría el carácter automático de la repatriación en este caso, pues sólo tendría lugar si se constatará que la tutela va a ser adecuada en el país del menor, lo que supondría la necesidad de una valoración de las condiciones en que sería llevada a cabo la tutela, y si no son las adecuadas, el menor podría quedarse en España. Si es así, cabe hacer una valoración positiva.

En todo caso, además de las críticas a la concepción que se desprende de nuestra normativa sobre la repatriación, considero que es más grave aún el incumplimiento de la LOE y Reglamento en cuanto al procedimiento que establecen para la repatriación del menor. Y es que, con todos los defectos puestos de relieve, nuestra normativa, al menos, establece un procedimiento en el que se tienen que dar una serie (un mínimo) de garantías para la repatriación, entre las que esencialmente priman las relativas a la búsqueda de familia o Instituciones a quien se entregue al menor para ponerlo bajo su protección, de otro modo no procede. De ahí que el problema más grave no es ya la reglamentación en sí, sino el incumplimiento del procedimiento para la repatriación con el mínimo que exige.

Así, en ocasiones, en lugar de una repatriación con el procedimiento legal, lo que se ha hecho es directamente la expulsión del menor, en otros casos se ha procedido a devoluciones irregulares de menores, y en otros lo que se ha realizado son repatriaciones masivas de menores desde Ceuta o Melilla, sin contactar con sus familias en Marruecos, lo que los convierte en expulsiones, prohibidas respecto a los menores. Estas situaciones han sido denunciadas por diversas ONG's, señala Fábrega Ruiz, como la *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía* (Informe de julio de 2001), o *PRODEIN*, que además ha constatado cómo los menores casi nunca son reagrupados con sus familias ni siquiera puestos a disposición de un Juez para que decrete su ingreso en un centro de protección de menores en Marruecos, sino que son retenidos por la Policía marroquí durante un tiempo indeterminado y después puestos en libertad, normalmente durante la noche. A todo ello hay que unir las denuncias que, como indica Senovilla Hernández, han sido realizadas por *Human Rights Watch* (Informe de mayo de 2002) cuando pone de manifiesto que, reiteradamente las autoridades de Ceuta y Melilla no proceden a la repatriación de los menores sino a su expulsión mediante procedimiento sumario; igualmente las *Observaciones finales del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño a España*, de 7 de julio de 2002 (art. 44 CDN), donde expresó el Comité su profunda alarma por las denuncias en cuanto a «la expulsión sumaria de niños sin procurar que sean devueltos a sus familias o a los organismos de asistencia social de su país de origen». Del mismo modo muestra esta situación el *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los trabajadores migrantes en España* (14 de enero de 2004), que dedica un capítulo especial a los menores no acompañados donde considera que la manera en que se llevan a cabo algunas reagrupaciones, poniendo al menor en manos de la policía marroquí sin presencia de la familia ni de los servicios sociales, provoca que estas «reagrupaciones» se interpreten como expulsiones²⁰.

En todos estos casos se está incumpliendo la normativa de extranjería, la Ley de Protección de Menores, así como los Convenios internacionales, sin posible justificación,

20 FÁBREGA RUIZ, C.F., *La protección jurídica del menor inmigrante*, Madrid, 2001, pp. 97-100 y pp. 134-135; SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., «El estatuto jurídico...», en *Cit.*, pp. 65-66.

y me refiero a la causa que en ocasiones se alega, como es la falta de medios económicos para absorber y mantener a los menores. Por todo esto es muy importante la labor del Ministerio Fiscal, precisamente por ser el encargado de velar por la protección de los menores, no obstante, con el trasfondo de la causa señalada la Fiscalía General adoptó la polémica Instrucción 3/2003, de 23 de octubre de 2003, «sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo», según la cual, la presencia de un menor extranjero sin una presencia adulta en su compañía no constituye en sí misma una situación de desamparo, sino que deben interpretarse como situaciones episódicas de desprotección que no pueden ser consideradas lo suficientemente graves como para justificar la intervención automática de la correspondiente Administración pública y por tanto se les puede devolver con el objeto de no aceptar resignadamente «la incontrolada avalancha de clandestinos menores de edad que puede suponer la parálisis del sistema asistencial, con la consiguiente frustración de los fines que le son propios»²¹.

Pero es más, posteriormente se firmó un documento entre España y Marruecos²² «Memorándum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados», de 23 de diciembre de 2003 que, en líneas muy genéricas lo que hace es identificar el principio del interés superior del niño con la sistemática repatriación, en realidad procede a dar unas amplias directrices, de manera que cabe cualquier forma administrativa para la repatriación de los menores marroquíes no acompañados.

21 Sobre la Instrucción de la Fiscalía General del Estado *vid.* CARRIÓN SAMPEDRO, A., «La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003», en *Diario La Ley*, viernes 23 de abril de 2004; RUIZ LEGAZPI, A., «Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros», en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, marzo, 2004, núm. 5, pp. 293 ss.

22 Hay que pensar que Marruecos está igualmente de acuerdo con estas devoluciones (que no repatriaciones). De hecho, como informaba el diario El País, de 12 de febrero de 2003, el Embajador de Marruecos en Madrid se reunió en esa fecha con el Delegado del Gobierno para la Extranjería para solicitar que España devuelva a los menores marroquíes que no habían podido ser repatriados («Nosotros consideramos que el menor marroquí no tiene capacidad legal para decidir emigrar y hay una obligación de devolverlo»). A pesar de que de esas declaraciones del Embajador muestran que la solicitud de devolución no se basaba en absoluto en el principio del interés del menor, algunas CCAA se mostraron partidarias de poner fácil esta devolución, este fue el caso del consejero de empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, del Director general de Coordinación de Políticas Migratorias de la Junta de Andalucía, o de la Directora del Instituto del Menores de la Comunidad de Madrid. Sin embargo también se oyeron voces más prudentes como los responsables de la *Generalitat* de Cataluña que consideraron necesario, antes de tomar cualquier decisión, debatir cómo puede atender Marruecos a los menores, así como del Comité español de Unicef y del Defensor del Pueblo que recordaron que la Administración española debe velar por que la opinión del menor sea tenida en cuenta. ¿Cómo es posible que sólo ellos considerasen que el respeto de la opinión del menor en los asuntos que les afectan es un derecho reconocido en la CDN y en la Ley de Protección del Menor, y que la repatriación exige un procedimiento según nuestra Ley?, ¿qué diferencia hay entonces con la expulsión, y por tanto con la ilegalidad?.

B) La tutela del menor por los Servicios de Protección de Menores de España

La rigidez con que se regula en nuestra normativa la política de repatriaciones va a llevar mecánicamente y por tanto habitualmente, a la misma, no obstante, también hay casos en que, si bien concebidos como excepcionales, no procede –si no se localizan los familiares del niño, o no se garantiza que los Servicios de Protección de Menores de su país asumen su tutela, o se considera que existe riesgo para el menor o sus familiares–. En estos supuestos el menor se encuentra en la situación legal de desamparo y queda en España bajo la tutela de los Servicios de Protección de Menores²³.

Aquí se enmarca el art. 35.4 de la LOE cuando establece que «A instancia del organismo que ejerza la tutela...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», y precisa el art. 62.5 del Reglamento que «Transcurridos 9 meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores..., y una vez intentada la repatriación con su familia..., si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia...». Ambas normas recogen un mandato y un derecho de la autorización de residencia del menor desamparado.

El «Borrador del futuro Reglamento» añade al respecto en su art. 92 que «El hecho de que se haya autorizado la residencia, no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente puede realizarse conforme lo previsto en este artículo». En consecuencia, aun cuando está contemplando excepcionalmente la posibilidad de que el menor quede en España a cargo de los Servicios de Protección del Menor, ni siquiera cierra la puerta para su futura posible repatriación. No parece que se vaya muy a favor de su seguridad.

En todo caso, cuando no fuera posible la repatriación, su protección se materializa en la autorización de residencia en España tras la solicitud, en el plazo de nueve meses, por el Servicio de Protección de Menores que lo tutela. Una autorización de residencia, a la que, no olvidemos, tiene derecho porque así se recoge en la LOE (art. 35.4 «se le otorgará»), además de la esencial trascendencia al permitirle no sólo quedarse en España, sino su integración laboral.

En este sentido el art. 40 j) de la LOE permite al menor en edad laboral, con permiso de residencia y tutelado por una entidad de protección de menores, realizar un trabajo en aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezca su integración social. En estos casos no se tiene en cuenta la situación nacional de empleo, así pues podrán obtener la autorización de residencia y trabajo de modo más ventajoso.

Entiendo que estamos ante una acertada norma para la integración laboral del menor, sin embargo su cumplimiento depende completamente de los Servicios de Protección del

23 Vid. VARGAS CABRERA, B., *La protección de los menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994; *Id.*, «El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas», *ADC*, 1991, pp. 612 ss.

Menor, y ello por una doble razón: (1^a) porque les atribuye una decisiva responsabilidad a efectos de decidir el empleo que favorece la integración del menor, sin, a cambio, establecer los criterios para tal decisión; (2^a), y fundamentalmente, porque si no se cumple el plazo de los 9 meses para la solicitud de la autorización de residencia, la consecuencia recae, directa y negativamente, sobre la situación del menor. Este es el problema práctico más relevante, ya que los incumplimientos llegan en ocasiones a unos límites temporales injustificados, y no cabe la excusa de que se está tratando de localizar a la familia del menor en tan largo plazo²⁴. Lo cierto es que, con excusa o sin ella, la falta de solicitud de la autorización de residencia, unido al inevitable paso del tiempo en esta situación irregular, plantea, aparte del problema al que luego me refiero para el caso en que llegara en esta situación a su mayoría de edad, la importante cuestión de saber si esta situación implica que, en tanto se prolongue, se le está impidiendo su integración laboral. La respuesta exige distinguir tres casos diferentes:

Primero, el del menor de 16 años, en el cual no debe existir problema para su escolarización, pues el art. 9 reconoce el derecho a la educación para todos los menores cualquiera que sea su situación en España. En todo caso, el hecho de que esté escolarizado no justifica la demora en su autorización de residencia.

Segundo, el del menor que hubiera cumplido 16 años y pretendiera acceder a la Formación Profesional, la cual no queda contemplada, sorprendentemente como más adelante se verá, en el derecho a la educación reconocido en el art. 9 de la LOE, por tanto no se reconoce en las mismas condiciones que a los españoles y ello a pesar de que, como regla, este precepto establece que todos los menores de 18 años tienen derecho a la educación (no podía ser de otro modo como consecuencia de nuestros compromisos internacionales). Ante esta paradójica situación, el «Borrador del futuro Reglamento» pretende solucionarla añadiendo el siguiente párrafo al art. 92.5 «el hecho de no contar con 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». No deja de ser llamativo

24 Como señala SENOVILLA HERNÁNDEZ, D. («El estatuto jurídico...») en *Cit.* p.68), existen casos en que los servicios de protección se «retrasan» en la solicitud de la documentación de los menores bajo su tutela, casos que han sido denunciados por el Defensor del Pueblo (Informe de 2002), que deja muy claro que el inicio de las actuaciones tendentes a instar la documentación del menor no es una actividad potestativa sino obligatoria de los Servicios de Protección de Menores, y sin embargo precisa que la solicitud de la documentación a veces se realiza poco antes de que el menor adquiera la mayoría de edad, lo que puede provocar el archivo o desistimiento posterior de la solicitud al cumplir éste 18 años. No obstante, destaca el autor, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 7 de julio de 2003, que reconoce el derecho al permiso de residencia en un caso así, porque entiende el tribunal que el momento en que hay que comprobar la minoría de edad que le da el derecho al permiso de residencia es el momento en que fue solicitado, a pesar de que en el transcurso del procedimiento administrativo para resolver la solicitud el sujeto había perdido la condición de menor de edad. Este es un ejemplo de una sentencia que resuelve partiendo del principio del interés del menor frente a un vacío legal. De todos modos frente a estos supuestos que alcanzan estos positivos resultados, hay que terminar por señalar que negro futuro le espera al que cumpla los 18 años sin haber obtenido su permiso de residencia, queda convertido en un irregular sin retorno.

que se tenga que añadir éste párrafo para evitar unas situaciones que no deberían producirse de acuerdo con el art. 35 de la LOE, en cuya virtud, una vez acreditada la imposibilidad de la repatriación, al menor «se le otorgará un permiso de residencia...». En consecuencia aquél «añadido» del futuro Reglamento no hace más que reconocer, implícitamente, los frecuentes incumplimientos en la solicitud de la autorización de residencia, y además, considero que, ante estos casos, arbitra una solución que sólo elimina en parte el problema, porque si bien es cierto que el menor podrá acceder a los estudios de Formación Profesional con carácter inmediato, también es cierto que sigue estando sin permiso de residencia, y...el tiempo pasa, y el menor inevitablemente llega a ser mayor de edad –pienso por ello que esta vía futura (si es que prosperase el «Borrador») es una solución que, permítaseme que resuma con la conocida frase hecha de «pan para hoy, hambre para mañana»–, si esto llega a ocurrir el problema entonces sí que es realmente e injustamente desproporcionado como después veremos. Entiendo que la mejor solución hubiera sido la de atajar el problema desde la raíz, siendo la única manera la de obligar a que se cumpliera el plazo para solicitar la autorización del permiso.

Por último, caso diferente es el del mayor de 16 años que quisiera trabajar. Al no tener autorización de residencia no podría obtener la de trabajo, sin embargo, aquí entra en juego el art. 41 K) de la LOE cuando excluye del permiso de trabajo a los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la Entidad de Protección de Menores competente para aquellas actividades que, a propuesta de la mencionada entidad, mientras permanezcan en esa situación, favorezcan su integración social. Este supuesto fue introducido por la LO 14/2003 y si se compara con el art. 40j) que establece, como se ha señalado, una posición ventajosa para que los extranjeros en edad laboral obtengan el permiso de trabajo, sólo se puede entender el art. 41 K), para el caso en que el menor no puede obtener el permiso de trabajo por no tener el de residencia. Se trata por tanto de una solución igual que la que el «Borrador del futuro Reglamento» introduce para el caso anterior, y por tanto las críticas han de hacerse extensivas a este supuesto, porque ahora la ventaja es que puede trabajar sin la autorización de trabajo, pero si la situación se prolonga y llega a la mayoría de edad sin autorización de residencia, y por tanto, sin la de trabajo, el problema que se le plantea es realmente grave y, lo que es más grave, es que no le es imputable, es más, tenía derecho a tal autorización en virtud de la propia LOE.

En efecto, si mientras dura su condición de menor está bajo la tutela de la Administración y puede permanecer en España sin autorización de residencia (aunque debieran tenerla) y trabajar sin autorización de trabajo, al cumplir la mayoría de edad sale del centro de menores pasando a la situación de irregularidad. El problema es grave si se considera además que, en muchos casos, no pueden volver a ningún país, porque desde luego que, con arreglo a la Ley de extranjería, al menor se le habría repatriado de haber sido posible, y si no se hizo en su momento, llegada la mayoría de edad, menos aún será posible su regreso a algún país²⁵.

25 Así lo indica FÁBREGA RUIZ, C, *Protección jurídica...*, Cit. p.143.

En este caso no habría problema si llegado ese momento tuviera la autorización de residencia en España que le habría permitido acceder a un trabajo y por tanto, a la autorización de residencia y trabajo, es más, si hubiera estado sujeto a la tutela de los Servicios de Protección españoles durante dos años consecutivos, puede solicitar la nacionalidad española si posteriormente acredita un año de residencia legal y continuada en España (art. 22.2 Cc). Sin embargo, al no tener autorización de residencia cuando sale de la tutela de los Servicios de Protección se convierte automáticamente en un adulto irregular, situación a la que ha llegado, desde luego, no por su voluntad y no por su imputabilidad, pero lo cierto es que le espera un negativo futuro, de ahí que estas situaciones han sido denunciadas por entidades como SOS Racismo o Médicos sin Fronteras.

4. Menores nacidos en España de padres con autorización de residencia

Su situación es la más óptima si se considera que, desde el mismo momento de su nacimiento, adquieren automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia que tengan sus padres (art.41.6Reglamento), que además se proroga en tanto estén bajo la tutela de sus padres. Además, como ya se ha señalado, aunque estos niños no son españoles, se les facilita la adquisición de la nacionalidad española para el futuro, al exigirles sólo un año de residencia legal por el hecho de haber nacido en España, lo que probarán con la inscripción en el Registro del nacimiento (art. 15 RRC).

En cuanto al futuro en España de estos niños cuando lleguen a la mayoría de edad, tienen derecho de obtener un permiso de residencia permanente los nacidos en España que al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido de forma legal y continuada en España durante, al menos, tres años consecutivos previos a la solicitud (art. 42.2cReg).

V. Derechos de los menores reconocidos en la ley de extranjería

Conocidas las distintas situaciones en las que pueden encontrarse los menores extranjeros en España y la protección legal existente, hemos de adentrarnos en los Derechos que se les reconocen en la LOE por su condición de extranjeros. Indudablemente que no son los únicos Derechos de que gozan en España, pues además de ser extranjeros son menores y son personas, de ahí que tienen, por una parte, todos los Derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española para todos los sujetos (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad religiosa, etc.), y por otra, los reconocidos en la CDN, plasmados en la LO de Protección del Menor y en la Ley de la Infancia de la Región de Murcia (como el derecho a su desarrollo, a la educación, a tener un nombre, a conocer su procedencia, a tener una nacionalidad, a ser atendido y cuidado en la medida de lo posible por sus padres, a expresar libremente su opinión, a la asistencia sanitaria, etc). Este conjunto normativo tiene que ser respetado por la LOE que, además, por esa razón, no tiene que recoger y plasmar cada uno de ellos.

Concretamente, en relación a los menores extranjeros, la LOE recoge el Derecho a la asistencia sanitaria y a la educación, mostrando con ello la importancia que tienen, el primero, por cuanto deriva del respeto a la vida e integridad física del menor, y el segundo en relación a la integración. En ambos casos se trata de Derechos que vienen reconocidos para todos los menores de 18 años cualquiera que sea su situación en España, es decir, estén en situación regular o irregular.

En lo que respecta al derecho a la asistencia sanitaria se reconoce en el art. 12.3 de la LOE a todos los menores extranjeros, sin ningún requisito, en las mismas condiciones que para los españoles (a diferencia de los adultos que requieren estar empadronados, salvo en los casos de urgencia). En el mismo sentido lo reconoce para las mujeres embarazadas durante el parto y postparto (art. 12.4)²⁶.

En lo que respecta al Derecho a la educación, el art. 9 de la LOE reconoce con carácter general para todos los extranjeros menores de 18 años el Derecho y el deber a la enseñanza básica en las mismas condiciones que los españoles²⁷.

Ahora bien, el mismo art. 9, en su apartado segundo, se refiere al caso de la educación infantil recogiendo una manifestación de principios más que una imposición al señalar que, puesto que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

Por último, este mismo artículo señala que la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles, viene reservada para los extranjeros que tengan autorización de residencia en España, regulación que presenta un problema para el menor de edad, de 16 años, que quisiera acceder a la Formación Profesional. En este caso, si este menor no tiene la autorización de residencia no se le reconoce tal Derecho, y es que, al limitarlo a la enseñanza obligatoria, parece querer hacer referencia a la educación básica y a la secundaria obligatoria, así, aunque diga que comprende hasta los 18 años, realmente queda excluida la Formación Profesional al no ser citada expresamente, lo que va en contra del CDN (art. 28) y de la L.O 1/1996 de Protección menor (art. 10.3), que recogen este Derecho, con independencia del *status* regular o no, hasta los 18 años.

El «Borrador del futuro Reglamento» parece intentar paliar la situación mediante dos nuevas precisiones que introduce al respecto. Por una parte cuando establece que tratándose de un menor que no tiene permiso de residencia pero está bajo la tutela de los servicios de protección de menores podrá acceder a esta Formación (art. 92.5). Sin embargo, como más arriba se ha señalado, no me parece que ésta sea la solución más acertada, pues aunque resuelva el problema momentáneamente, no lo ataja desde su raíz al ser para ello preciso que no se retrasara la solicitud de la autorización de residencia por parte de los Servicios de Protección del Menor. A ello se une, por otra parte, la Disposición Adicional decimotercera, relativa al «Acceso de los menores a la enseñanza no

26 La Ley de la Infancia de la Región de Murcia recoge este derecho en su art. 9.

27 El artículo 10 de la Ley de la Infancia de la Región de Murcia se refiere al derecho a la educación.

obligatoria» cuando establece que «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, las Comunidades Autónomas podrán, en ejercicio de sus competencias en materia de educación, facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad que se hallen empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza postobligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente». Tampoco ésta es una solución al problema señalado, dado el carácter facultativo para las Comunidades Autónomas con el que recoge la posibilidad de facilitar el acceso a tales niveles de enseñanza, y en todo caso porque sólo lo introduce para los extranjeros empadronados.

A pesar de ello, si hay un Derecho de esencial trascendencia en una sociedad intercultural de cara a la integración es éste Derecho a la educación, muestra de ello es que la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (la LOCE) dedica un artículo al alumnado extranjero (art. 42), que, si bien de contenido discutible²⁸, refleja la innegable trascendencia del mismo al ser la primera vez que una norma educativa de tal rango regula algo al respecto. Actualmente la finalidad que ha de orientar el fenómeno de la inmigración ha de ser la integración socio-económica y cultural de los inmigrantes, así como de la sociedad de acogida, aspecto al que ahora me refiero.

Ahora bien, también es cierto que el hecho de que jurídicamente esté recogido el derecho a la educación no implica su efectividad en la práctica, pues para ésta son decisivas las condiciones en las que se imparte la enseñanza. En este sentido sólo quiero mostrar mi opinión negativa respecto de la agrupación de los extranjeros, me refiero a los colegios *gueto*, esto no es una educación multicultural, en lo demás, es decir, en cuanto a las mejores condiciones o mecanismos para conseguir de los alumnos extranjeros el mejor aprovechamiento, la opinión más autorizada es la de los educadores de los menores extranjeros, que en este sentido sólo puedo reconocer su inmensa responsabilidad.

En todo caso, además de la importancia que tiene el reconocimiento del Derecho a la educación a los menores inmigrantes de cara a su integración, lo cierto es que ésta última también requiere, indudablemente, la aceptación por nuestra parte, por la sociedad española, de los valores de la cultura ajena. Es preciso también «educar» a la sociedad española en el respeto y aceptación de lo positivo que tienen los valores ajenos, esencialmente cuando se trata de una cultura tan distinta a la nuestra como es la islámica cuyo conocimiento y valoración es esencial dada la importancia cuantitativa del colectivo de marroquíes en España. El modelo de cultura islámica se basa en unos valores muy diferentes al modelo que puede llamarse occidental, de ahí que la integración de los marroquíes no sólo pasa por adaptarse a nuestras normas, sino en que se les permita ejercitar en España unos derechos que en su cultura son fundamentales porque se basan en unos valores que les son esenciales. Su sujeción a las leyes existentes en España —no olvidemos que esto implica también su cumplimiento de las obligaciones, de modo que contribuyen al gasto público como todos—, no tiene, ni debe, suponer la renuncia a sus

28 Al respecto *Vid.* HERNÁNDEZ I DOBON, F.J., «La “extranjerización” del alumnado de familia inmigrante en el sistema educativo según la Ley de Calidad», en *Migraciones*, núm. 15, junio, 2004, pp. 261 ss.

peculiaridades culturales, costumbres o creencias, ya que el derecho al mantenimiento de las propias señas culturales es objeto de protección en los Convenios internacionales²⁹. Y con ello entro en la última parte de mi exposición, centrada en la interculturalidad desde una óptica jurídica.

VI. El marco jurídico de la interculturalidad

En mi opinión, el término integración sólo puede entenderse como un enriquecimiento mutuo y por tanto en el doble sentido de «ida y vuelta» que implica la también mutua aceptación. Esta es la base para la interculturalidad que, desde el punto de vista jurídico, exige que las normas configuren nuevas respuestas a las nuevas situaciones generadas tras la nueva base social multicultural, en definitiva se trata de articular un verdadero Derecho intercultural, que como tal, ha de estar basado en el respeto a los valores de las diferentes culturas. Este es el reto del legislador del siglo XXI.

Ahora bien la integración así entendida, basada en el mutuo respeto a los valores de culturas distintas, tiene un importante límite que coincide con los valores irrenunciables, que, a su vez, han de identificarse con el respeto de los Derechos Humanos, cuya configuración y consolidación ha sido un reto ante el que no se puede ceder. En aquello que los valores de otro modelo jurídico choque con tales Derechos se activa el mecanismo del orden público que nos lleva a su rechazo. Sin embargo, inmediatamente es preciso constatar, en sentido negativo, que en modo alguno se puede afirmar, desde un punto de vista jurídico, que el modelo de familia islámico va contra el orden público. Sólo el desconocimiento puede llevar a tal conclusión, pues el mecanismo del orden público únicamente puede activarse ante el caso concreto. Así, para poner un ejemplo que justifique el objetivo que persigo –mostrar que ha de descartarse el rechazo sin motivo de los valores jurídicos ajenos y que habrá de estarse al aspecto concreto de que se trate y al caso concreto–, podemos considerar un doble aspecto de la repercusión que el modelo de familia islámico tiene en los menores.

El primer aspecto es la distinción que realiza entre hijos legítimos e ilegítimos (éstos últimos no crean lazo de parentesco con respecto al padre, que por tanto no tiene obligación respecto a ellos)³⁰. Se trata de una concepción rechazable, el mecanismo del

29 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 27), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 9), el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 5).

30 El Código marroquí de Estatuto Personal o *Mudawana*, señala que «La filiación legítima es aquélla por la que el hijo accede a la parentela de su padre y sigue la religión de éste», y «la filiación no legítima no crea vínculo de parentesco con el padre ni produce efecto alguno» (art. 83.2), es más esta situación de los hijos ilegítimos de carencia de derechos respecto de su progenitor se perpetúa al prohibirse la investigación de la paternidad y la admisión de pruebas biológicas en la determinación de la misma (consecuencia de la *Sharia*). Vid. BORRÁS, A., «La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe», en *El Islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, 1998; MOTILLA, A./LORENZO, P., *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, 2002, (en esp. pp. 95 ss); ADROHER

orden público en este caso se justifica por vulnerar la igualdad de los hijos ante la Ley, todos los hijos tienen los mismos derechos, impidiendo en nuestra concepción aceptar aquélla distinción.

Sin embargo, destaquemos ahora un segundo aspecto del Derecho islámico, como es su consideración de que los hijos de los diversos matrimonios derivados de la poligamia son legítimos. Ello nos va a permitir constatar cómo puede defenderse el interés del hijo y a la vez dar entrada a la diversidad cultural. Y es que, con independencia de que la poligamia no se admita en nuestro ordenamiento (al chocar contra el principio de dignidad de la mujer, y de igualdad de sexos), en lo que respecta a los hijos, no podríamos considerar la desigualdad entre ellos, ¿cómo no vamos a aceptar que esos hijos nacidos de diversos matrimonios tengan los mismos derechos?. El hecho de no admitir la poligamia, y no aceptar el segundo y ulteriores matrimonios como válidos, no impide que a los hijos les consideremos, como hace el Derecho islámico, iguales ante la Ley. Por tanto estamos dando entrada a los valores jurídicos de esta cultura porque el principio del interés del menor así lo exige.

Un tema más delicado es el relativo a la obligación de que el menor sea educado en la religión islámica, respecto al cual se ha de partir como principio protegido en nuestra Constitución del derecho a la libertad religiosa³¹ que nos llevaría a aceptar la diversidad religiosa, sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, considero que el problema para su aceptación deriva de que frente a la concepción del reconocimiento

BIOSCA, S., «Desafíos del derecho de familia en una sociedad intercultural», *Familia e interculturalidad*, Colección Estudios Familiares, núm.13, Salamanca, 2003, pp.316ss.; *Id.* «Menores extranjeros no acompañados: una nueva emigración», *I Jornadas de Derecho de menores*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2003, pp. 259 ss; ASÍN CABRERA, M.A., La imagen del menor en el derecho de familia islámico: Problemas culturales de identidad e integración», *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo Mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, 1997, p. 156 ss. Por mi parte quiero destacar que realmente choca que se consideren ilegítimos a los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales no reconocidos por el padre, así como a los hijos de un matrimonio entre mujer musulmana y un no musulmán (el Derecho islámico no reconoce la validez de estos matrimonios) y paradójicamente son legítimos los hijos de un matrimonio entre mujer no musulmana y marido musulmán (el principio y causa que rige esta regulación es que el hijo sigue la religión del padre). Además de la desigualdad de sexos que ello supone, creo que debe hacer reflexionar en cuanto que, para la mujer musulmana, constituye un importante freno, impuesto por su país de origen, a su integración en el país de acogida mediante matrimonio con un nacional de este último, al saber el rechazo que esta unión provoca en su propia familia y del hijo nacido de la misma.

31 Reconocido en el art. 27.3 de la Constitución «Los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Sin embargo no parece haberse hecho efectiva si se tiene en cuenta que hace tan sólo unos días se anunció por la Directora General de Asuntos Religiosos en Melilla que a principios de 2005 se comenzará a impartir clases de religión islámica en ciertos colegios públicos de algunas zonas de España como viene haciéndose en Ceuta y Melilla (EP, 10 de noviembre de 2004). Vid., MOTILLA DE LA CALLE, A., «Identidad cultural y libertad religiosa de los musulmanes en España. Problemas en la adaptación del Derecho de familia al Ordenamiento español», en CALVO CARAVACA, A.L./BLANCO-MORALES, P. (Dirs), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, 381 ss.

como derecho-libertad, y por tanto, con la posibilidad de ejercitarlo o no, propia de los Ordenamientos democráticos, en el Derecho islámico se considera como una obligación que lleva aparejadas consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento, como por ejemplo que no se reconoce el matrimonio cuando el padre no es musulmán, al entenderse que la religión se comunica de padre a hijo, o como es la pérdida para la madre de la *hadana*, o guarda y cuidado del niño si no lo educa en la religión musulmana del padre, aunque ella no sea musulmana³². Esta obligación de seguir la religión musulmana así concebida, es lo que choca contra el orden público basado en el interés del menor, y es que, desde los valores democráticos de la tolerancia no es admisible la imposición de lo que es una libertad y un derecho.

Como consecuencia de todo lo anterior, el rechazo de la Ley extranjera, o Ley de la nacionalidad del menor a la que nos lleva nuestro Ordenamiento (art. 9.4 Cc) para regular las relaciones paterno-filiales, solo tiene sentido cuando se constate su contrariedad con el orden público, ahora bien, la operatividad de este mecanismo, dentro de un pretendido Derecho intercultural ha de ser extremadamente cuidadosa³³. Considero por ello que no es suficiente que aquélla Ley se oponga a cualquiera de los principios de nuestro Ordenamiento –al menos si se parte de la base de aceptación de la diversidad cultural y no de la imposición de nuestra cultura–, sino que el rechazo de la Ley de la nacionalidad del menor basado en el orden público sólo puede derivarse cuando en el caso concreto dicha Ley se oponga al principio del interés del menor³⁴. Entonces, si se acepta plenamente que el interés del menor es un principio indeterminado³⁵, en el sentido de que en las diferentes

32 Según el Código marroquí de Estatuto Personal en su art. 97 entiende el cuidado del hijo como la función de preservar al niño, en la medida de lo posible de aquello que le puede perjudicar y vigilar su educación e intereses. El art. 103 señala que la custodia dura en el caso del varón hasta los doce años y en el caso de la mujer hasta los quince.

33 Vid. JAYME, E, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, T. 251-I, 1995, pp. 9 ss; *Id.*, «Diritto de famiglia: società multicultural e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato», *Riv.int.pr.proc.*, 1993, núm.2, pp.295 ss; *Id.*, «Métodos par la concretización del orden público en el Derecho internacional privado», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Central de Venezuela)*, 1991, pp. 217 ss.; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: Exclusión, alternancia y coordinación de sistemas», en *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo Mediterráneo*, XVII Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, 1997, pp. 182 ss.;

34 Este principio en relación a la consideración del menor en el Derecho islámico se analiza por DIAGO DIAGO, M.P., «La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos», en CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L. (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp.143 ss. En particular en lo que respecta a la obligatoriedad en la educación del menor en la religión islámica considera la contrariedad con el interés del menor pues «cuando el valor a proteger no es la búsqueda de ese interés concreto sino la perpetuación de la tradición, surge la confrontación con nuestro sistema de Derecho que reclamará la intervención de la excepción del orden público internacional» (p.171).

35 Vid. BORRÁS, A., «El «interés del menor» como factor de unificación y progreso del Derecho internacional privado», *Discurs d'ingrés de l'academic de número Dra. Alegria Boorás i contestació de l'academic de número Dra. Encarna Roca I Trias*, 25 de noviembre de 1993, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, MCMXCIII, pp. 7-59; IRIARTE, J.L., «Las medidas de protección de los

culturas se concibe de manera distinta y en esa manera se plasma en las distintas normativas, nos lleva, primero, a denostar la idea de que el menor está mejor protegido por la legislación del país de acogida (país de residencia), pues ello sólo refleja una integración-asimilación basada en la superioridad con la que se observa la propia civilización; y segundo, a considerar que no puede generalizarse cual es la legislación que mejor protege el interés del menor, no existen soluciones generales. Sin embargo, también es cierto que el intérprete de la Ley, perteneciente al país de residencia y por tanto de recepción del menor, no puede renunciar, ni debe, a ciertos valores que claramente reflejan, desde su perspectiva jurídica, dicho interés, siempre que estos valores se identifiquen con los Derechos recogidos en la CDN. En mi opinión, la manera de solucionar esta posible paradoja consiste en aceptar que el interés del menor únicamente puede valorarse en el caso concreto, sólo entonces se puede determinar si finalmente se aplica la legislación del país de su nacionalidad –no olvidemos que, como principio, es a la que nos remite el Ordenamiento español–, o la legislación española por hacer operar el mecanismo de orden público.

Finalmente sólo quiero apuntar, a muy grandes pinceladas, algunas consideraciones en lo que respecta a la posibilidad, o dificultad, de la aceptación de los valores de otras culturas que afectan a la mujer, y es que el *status* de la mujer es también distinto en función del modelo jurídico, motivando que, como decía al principio las mujeres junto a los menores sean sujetos cuya protección se hace especialmente necesarias. Así se refleja claramente en relación a determinados valores que chocan contra los Derechos humanos, como ocurre con un grupo de prácticas o leyes contrarios al derecho a la vida –como pueden ser las mutilaciones genitales femeninas o lapidaciones, por ejemplo–, o contra su discriminación que afecta a su dignidad –caso de los matrimonios forzados y con ellos los de niñas (la dote es inferior)³⁶–. En estos casos, la manifiesta contrariedad con los Derechos Humanos determina que opere de inmediato el mecanismo del orden público que motiva su rechazo, sin duda alguna.

menores procedentes de países musulmanes en territorio español», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002, pp. 366 ss; FERNÁNDEZ CASADO, M.^aD., «Una aproximación al principio del interés superior del menor» en *Protección Jurídica del Menor*. Asociados y Letrados de la Junta de Andalucía, Granada, 1997, pp. 248 ss; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, J.A./MIRALLES SANGRO, P.P., «El tratamiento de los menores en el Derecho internacional privado español. La coexistencia entre soluciones internas y soluciones convencionales y la búsqueda del interés del menor», en *Problemas candentes en el proceso de familia*, Madrid, 1995, pp. 43 ss; RODRÍGUEZ BENOT, A., «Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2002, pp. 15 ss.; *Id.*, «El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la «Kafala»», en *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4419 ss; DURÁN AYAGO, A., «El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural», en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. (Dirs), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp.295 ss.

³⁶ *Vid.* Al respecto AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «*Ius nubendi* y orden público matrimonial», *BIMJ*, núm. 1862, 2000, pp. 5 ss.

Ahora bien, fuera de esas prácticas claramente contrarias a los Derechos Humanos entramos, yo diría, en una «zona gris», porque existen otro conjunto de prácticas que no está clara su contrariedad con los Derechos humanos. Por ejemplo el caso del uso del velo o *saddor*³⁷. ¿Es un caso de discriminación para las mujeres o las niñas y por tanto nos permite prohibirlo en España por ser contrario al Derecho de la dignidad de la mujer contrario a la igualdad? o ¿es un elemento reivindicativo de lucha por su identidad, y por tanto protegido como Derecho Humano?. En Francia se ha respondido negando su uso público, y de manera tan tajante que han comenzado las primeras expulsiones de niñas de algunos colegios públicos³⁸, lo que nos lleva a, cuando menos, cuestionar la coherencia en la defensa (se supone que a ello obedece la prohibición) de proteger el interés del menor con esta solución.

Otro aspecto distinto es la poligamia, que si bien inaceptable en nuestro modelo de familia por su contrariedad con el orden público, también ahora, igual que en el caso de los menores, se debe dar entrada a ciertos efectos jurídicos que de ella se derivan, como por ejemplo aceptar la pensión de viudedad que pudiera corresponder a la segunda esposa, y es que, si precisamente rechazamos la poligamia por proteger a la mujer (va contra su dignidad e implica una discriminación de sexo), no vamos a rechazar también un derecho derivado de la poligamia que opera a su favor, pues no se entendería entonces la protección.

Lo mismo podemos decir con el repudio o *talaq*. Ciertamente éste es un aspecto en el que hay mucho que matizar, pues el repudio tiene más «colores» de los que a simple vista parecen (baste con constatar la existencia del repudio tipo *Khol*, que es la mujer la que lo lleva a cabo)³⁹, en todo caso, y para las pinceladas generales que ahora interesan con el objetivo que persigo, podemos partir de que, con carácter general, el repudio va contra la

37 En el análisis que realiza CONTRERAS MAZARÍO, relativo a la actividad de la Organización de las Naciones Unidas, señala que este tipo de prácticas, pudiendo tener en sus raíces o en la sociedad de origen un elemento de restricción o de discriminación para las mujeres o las niñas, no puede decirse que con carácter general sean contrarias al derecho a su dignidad, y es que pueden adquirir un contenido o fundamento distinto, de tipo esencialmente reivindicativo o político, de tal manera que la mujer no considera dicha práctica como contraria a su dignidad, sino como elemento de lucha política a favor de la propia identidad. Este puede ser el caso, entre otros, relacionado con el vestido o el uso de determinada vestimenta o indumentaria, y concreta y principalmente en las sociedades occidentales –pero no sólo en ellas– con el uso del velo o *saddor*. En relación con el presente supuesto entiende el autor que una posición coherente y equilibrada es la mantenida por la Relatora Especial de la Comisión, para quien lo que debe tutelarse es que «la elección del vestido se haga con el pleno –a lo que por nuestra parte añadiríamos, y libre– consentimiento del interesado» o interesada, en cuyo caso los derechos de los individuos no corren peligro». *Cfr.*, «Globalización, Derechos Humanos y prácticas tradicionales en el ámbito de la familia. Especial referencia a las actividades de las Naciones Unidas», en CALVO CARAVACA, A.L., BLANCO-MORALES, P. (Dir.), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp.191ss. (en esp.p.195). Con carácter general ADÁM MUÑOZ, M^a.D., *La protección de los Derechos de las Mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, 2001.

38 Diario EP, 21 de octubre de 2004.

39 *Vid.* En extenso, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, 2000.

igualdad de los cónyuges y la dignidad de la mujer, no obstante, existen casos en que la mujer tiene tanto o más interés que el marido en la disolución del matrimonio, y ambos están de acuerdo con el repudio, ¿tampoco en estos supuestos se puede admitir? En mi opinión la contrariedad con el orden público que justificaría su rechazo no queda ahora clara. A pesar de eso el legislador español ha dado una reciente respuesta que refleja una posición bastante rígida, y no una solución jurídica intercultural, pues en virtud de la modificación del art. 107 Cc⁴⁰ que se produjo precisamente en consideración a estos casos, si dos cónyuges marroquíes residentes en España presentan la demanda de disolución del matrimonio de mutuo acuerdo, se aplica necesariamente la Ley española sin dejar resquicio a la posibilidad de admitir la aplicación de la Ley marroquí, de la nacionalidad común, aunque a ambos interesara la aplicación de tal Ley⁴¹. Teniendo en cuenta que la Sentencia de un Tribunal español que aplicara la Ley española no sería reconocida en Maruecos, puede concluirse afirmando que esta solución del art. 107 Cc no beneficia a los marroquíes que transitoriamente se encuentren en España, únicamente podría ser positiva para aquéllos que se hubieran instalado en España con carácter definitivo, que parecen ser los únicos que preocupan al legislador. Ahora bien, dejando aparte la solución, lo cierto es que la reforma muestra la evolución de nuestras normas, ya que supone en sí misma que se está admitiendo la necesidad de nuevas y específicas respuestas consecuencia de la nueva base social, el proceso de cambio jurídico se ha iniciado. Sin embargo, si se considera que el Derecho, como respuesta jurídica de las necesidades sociales, siempre va detrás de la sociedad, y que tales respuestas se abordan desde la perspectiva de la sociedad donde el legislador se integra, se ha de señalar que el camino de lo que queda por hacer ha de pasar por la evolución de la concepción de nuestra sociedad hacia la aceptación y reconocimiento de los valores ajenos⁴².

Con estas «luces y sombras» finalizo mi intervención con una reflexión y es que aceptar los valores de otra cultura es conocerla, de otro modo estamos rechazando *a priori* lo ajeno, y ese rechazo sólo puede interpretarse como una muestra de xenofobia, basada en un espíritu de superioridad. No obstante también es necesario defender el respeto de los Derechos Humanos, pero la coherencia obliga a admitir que, si rechazamos

40 Por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003).

41 Señala JUÁREZ PÉREZ, P. Que «reformar el artículo 107 Cc para evitar el recurso judicial a la excepción de orden público es tanto como reconocer que nuestra interpretación de los derechos de la mujer es tan cuestionable como la de los ordenamientos islámicos cuya aplicación queremos evitar». JUÁREZ PÉREZ, P., «Hacia un Derecho Internacional Privado Intercultural», en CALVO CARAVACA, A.L., BLANCO-MORALES, P. (Dirs), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 331 ss. (en esp. p. 344).

42 Como indica ASENSI SABATER, J., si queremos una verdadera integración tenemos que dejar el miedo, que parece ser la fuerza motriz. Miedo de los ciudadanos a la repercusión que la inmigración pueda tener sobre sus condiciones económicas, sociales y de seguridad. Miedo de los gobiernos de que la extrema derecha obtenga ventajas políticas. Miedo al extranjero, miedo a perder el control...miedos que no son nuevos. ASENSI SABATER, J., *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Valencia, 2004, p. 69.

determinados valores de otras culturas por ser contrarios a los Derechos Humanos, también hagamos respetar nuestras Leyes en cuanto los defiendan y amparen. Y me refiero a nuestras Leyes pensadas para la protección del colectivo más vulnerable, como son los niños. Ciertamente podrían introducir una mayor protección, pero también es cierto que deberíamos ser muy escrupulosos en su aplicación buscando la protección del menor que, aun mejorable, de ellas se deriva. De otro modo está asegurado el fracaso del sistema de protección de los menores inmigrantes.