

LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN LOS SISTEMAS FEDERALES – LA EXPERIENCIA DE ESPAÑA¹por **Eliseo Aja**

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

Al aprobarse la Constitución en 1978 no existía inmigración, ni por tanto experiencia sobre las tareas que requería, y la Constitución atribuyó al Estado competencia exclusiva sobre inmigración (149.1.2 CE), lo que en teoría significa que le corresponde todo el poder en este terreno. Pero a medida que se desarrollaban las competencias de las CCAA –y al mismo tiempo que crecía la inmigración– se fue viendo el papel creciente que correspondía a las CCAA, de manera que se ha ido matizando la interpretación de la competencia del Estado. Las Comunidades Autónomas iniciaron políticas de inmigración desde que comenzó el fenómeno migratorio en los años noventa, al principio a través de sus competencias de carácter sectorial, en educación principalmente, pero también en sanidad, inspección de trabajo o en protección de menores, y después como materia específica que necesitaba una coordinación entre los departamentos afectados, comenzando en casi todas las CCAA por situar el centro en la Consejería de Bienestar Social, Servicios Sociales o equivalente. Al margen de la adscripción administrativa, posteriormente muchas CCAA se han orientado hacia una visión más general de la inmigración, creando un Comisionado, una Secretaría o una Viceconsejería de Inmigración, atribuyendo además a este órgano la tarea de coordinación entre las Consejerías afectadas, en ocasiones encomendándole la secretaría de la Comisión interdepartamental de políticas migratorias.

A continuación se presenta el desarrollo de las competencias relacionadas con la Inmigración de las Comunidades Autónomas y se va a profundizar en el análisis de dos casos concretos de la actuación de las CCAA en materia de inmigración: La Intervención de las Comunidades Autónomas en la Concesión de la Autorización Inicial de Trabajo y el trato de los Menores Inmigrantes no Acompañados (MINA).

II. LAS COMPETENCIAS SOBRE INMIGRACIÓN: INICIOS Y DESARROLLO RECIENTE**II.1. Los inicios en la práctica**

El objetivo de la “integración social” de los inmigrantes figura en la ley de extranjería desde su aprobación en el 2000, porque ya entonces se incorporó al título de la Ley Orgánica 4/2000 (de los derechos de los extranjeros y de su integración social) y ninguna de las reformas posteriores lo ha modificado. Pero la integración sólo figuraba en el título de la ley y carecía de desarrollo en su articulado, salvo una breve referencia incluida en el derecho a la educación, que aludía a que los extranjeros residentes pudieran recibir “una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural” (9.4 LOE inicial), que ahora ha sido sustituido por una referencia más general (9.3 LODYLE).

Nada más decía la ley ni el reglamento, de manera que no resultaba fácil impulsar la integración, y su invocación frecuente en los discursos oficiales resultaba retórica y confusa. En esta situación buena parte de los estudiosos discutían las ventajas e inconvenientes de los modelos comparados (asimilación, multiculturalismo y sus variantes), sin que el debate teórico tuviera consecuencias prácticas. Por su parte, algunos colegios públicos, con una proporción importante de alumnos extracomunitarios, y algunos Ayuntamientos, con alto volumen de población inmigrante, se enfrentaban sin pautas claras a nuevos objetivos, como la necesidad de que los alumnos aprendieran rápidamente la lengua vehicular de la escuela para incorporarse a las enseñanzas normales, la conveniencia de adaptar los textos escolares a la diversidad cultural del alumnado o la evidencia de que se debía reforzar la cohesión social en los barrios donde se instalaba un oratorio islámico en condiciones precarias. Las tareas de la integración se imponían en la práctica, carentes de experiencia y de teoría previa, por la fuerza de los hechos: atender el interés general exigía introducir cambios para mantener la convivencia en unas condiciones distintas porque la población ha cambiado y aparecen nuevas necesidades.

Esta nueva dinámica, evidente en las instituciones que tenían el trato directo con la población inmigrante, llegaba de alguna manera a las Comunidades Autónomas y al Estado, de manera que a partir del 2001 el Estado inició la elaboración de algunos “planes estratégicos para la integración”, que comprometían a los distintos Ministerios afectados pero tenían escasa incidencia en la realidad social de la inmigración: el primero se conoció como Plan GRECO (Plan Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España). Tampoco eran mucho más eficaces los planes que comenzaron a elaborar las CCAA, porque –igual que el Estado- resultaban acarreo de las actuaciones comprometidas previamente por las Consejerías más que una auténtica planificación conjunta.

Pero tampoco surgían excesivos conflictos sociales, aunque fue revelador de su potencial peligro la situación que estalló en Ca N’Anglada (Terrassa, 1999) o en El Ejido (2000), así como por la misma época algunos casos aislados de niñas que tenían problemas en colegios concertados por llevar el velo islámico (El Escorial, Girona), muy aireados por la prensa.

Dado el rápido crecimiento de la inmigración en los últimos años surge en ocasiones la cuestión de por qué no han aparecido más y mayores conflictos, como los surgidos en Gran Bretaña o Francia. La respuesta es compleja, porque debe considerarse el propio desarrollo económico y la creación de empleo hasta el 2008, el reconocimiento de derechos sociales como educación y sanidad y otros factores, pero entre éstos destaca el carácter de primera generación, porque la inmigración inicial es capaz de aguantar situaciones difíciles porque conoce las penurias del país de origen, pero seguramente los hijos de esta generación, llegados de niño o nacidos aquí, tendrán una perspectiva distinta, con razón, menos conformista.

Durante los primeros años del siglo, con un crecimiento inusitado de la inmigración, se desarrollan mucho las actividades públicas y privadas que persiguen el mantenimiento y la mejora de la convivencia en las situaciones de fuerte presencia de población inmigrante, e incluso se inicia el traslado de la preocupación al plano general. Por ejemplo, comienza la preocupación en los medios de comunicación por evitar expresiones como “inmigrantes ilegales” o combatir tópicos denigrantes sobre algunas nacionalidades. Muchas escuelas públicas (y alguna concertada, muy pocas) realizan experiencias positivas de adaptación a las necesidades del nuevo alumnado, en los pueblos y en los barrios se forman asociaciones o se impulsan actividades culturales y festivas que favorecen las buenas relaciones) y muchas ONG ayudan en la atención a las necesidades más importantes de las familias inmigrantes (cuidado niños en horas extraescolares o en vacaciones, cursos de formación para adultos...).

II.2. Las aportaciones de la LO 2/2009

La difusión de todas estas experiencias o quizás la conciencia de que la mayoría de la inmigración permanecerá aquí pese a la crisis (y son más de 5 millones de personas), condujo a la idea de que es necesaria una estrategia de integración, especialmente para la segunda generación, que se recoge en la reforma introducida por la LO 2/2009. A diferencia de las leyes anteriores, ésta ya no es solo una ley de extranjería sino también una ley de la inmigración, y de su integración en la sociedad, porque contempla algunos aspectos importantes para la convivencia entre la sociedad de acogida y la población recién venida. El Preámbulo, apartado V, enumerando los objetivos que persigue esta reforma propone:

“Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.”

Además formula la integración como un principio general, con efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento, por lo tanto; el nuevo art. 2bis, entre los principios que deben respetar todas las instituciones, incluye:

“c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía”

Pero la auténtica entronización de la integración como eje fundamental del sistema legal se produce en artículo 2.ter, rotulado “la integración de los inmigrantes”, que por su importancia vale la pena reproducir en sus primeros números, subrayando los elementos más importantes:

“1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley.

2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás Leyes, en condiciones de igualdad de trato.

Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración”.

Diversas normas de la legislación desarrollan y concretan el contenido de estos preceptos, y aún lo harán mucho más en el futuro, porque se trata de varios principios que pueden tener distinto alcance. Pero antes de seguir conviene detenerse en los elementos que determinan una cierta definición legal de la integración, por muy amplia que sea, porque su naturaleza principal (de principio) le proporciona esta amplitud.

¿Qué orientación sigue esta norma? Si la ponemos en relación con las experiencias de los países más próximos, es preciso comenzar por descartar que se incluya en alguno de los modelos extremos, multiculturalismo o asimilación, y también que se inscriba en la línea dura del aprendizaje lingüístico obligatorio como condición para la residencia.

Puede decirse que la norma se inserta en la línea de promover que los inmigrantes conozcan la lengua y las instituciones, sin anudar a ella restricciones para la residencia, pero también incluye la posibilidad de adoptar políticas específicas para que la población inmigrante mejore su posición en los ámbitos económico, social y político. De hecho, la norma permite claramente esta doble orientación, como se expone a continuación.

II.3. La idea de integración social y sus distintos enfoques

El término integración ha recibido interpretaciones muy diversas, y casi solo existe unanimidad en la afirmación de su carácter poliédrico y su difícil aprehensión. Incluso se utiliza en general para expresar la relación entre inmigrantes y nacionales, al margen del contenido, de forma que es posible encontrar múltiples definiciones. Para evitar este tipo de discusión, en gran parte nominalista, aquí se rehúye una nueva formulación y se proponen en cambio enfoques diferentes que la ley posibilita, correspondientes a la experiencia práctica que se ha dado en España y en los países más próximos.

Seguramente la única idea común a todas las definiciones de integración es que esta referida a la convivencia de poblaciones con culturas diversas, entendiendo esta convivencia como alusión puramente descriptiva de las relaciones entre nacionales e inmigrantes en una sociedad determinada, con una proporción importante de inmigración. La ley utiliza la expresión “convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley” sin implicar ninguna orientación concreta porque su límite máximo –el respeto a la Constitución y la Ley– no comporta un contenido determinado sino que equivale a no vulnerar las leyes vigentes, hipótesis que obviamente ninguna norma puede desconocer. Por tanto, el elemento que puede considerarse mínimo y común a todos los conceptos es la convivencia entre grupos y culturas diversas.

En sentido genérico o muy amplio, los factores que pueden influir en esas relaciones son múltiples, y pueden derivar no solo de las previsiones sobre la integración sino del resto de normas que regulan la inmigración, por ejemplo, de la normativa de la reagrupación familiar o de los derechos porque el poder traer al cónyuge y los hijos fácilmente, o el disponer de unos derechos ciudadanos amplios seguramente influye en la integración del inmigrante en España más que otras normas explícitamente dirigidas a este objetivo. Pero igualmente puede influir otros factores más amplios, como la coyuntura económica (favorable o contraria), o la facilidad o dificultad para encontrar vivienda, o incluso haber formado una pareja, lo que puede considerarse bastante aleatorio y ajeno a las previsiones legales. No hace falta seguir esta vía porque se aceptará fácilmente que es posible hablar de integración en sentido muy amplio o genérico.

Teniendo en cuenta estas dimensiones, se puede considerar que el concepto genérico de integración se podía utilizar ya desde el principio de la legislación de extranjería y no se ha modificado por las novedades de la última reforma legal.

También se puede hablar de *integración social en sentido específico* ya que la Ley Orgánica 2/2009 contiene varias previsiones expresas sobre la integración que van mucho más allá del aprendizaje de la lengua. En el artículo 2 bis.2 se contienen los principios de igualdad y de diversidad que todas las administraciones públicas deben respetar en el ejercicio de sus competencias relacionadas con los inmigración en forma de “políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía”, que de hecho se completan en los números siguientes con apelaciones a la igualdad entre el hombre y la mujer, la prohibición de discriminación, etc.

Pero es sobre todo en el artículo 2 ter, dedicado expresamente a la integración, como muestra su título el que contiene los elementos de un concepto basado en la igualdad social y la diversidad. El núcleo esencial del concepto legal de integración se encuentra

en el número 1 al referirse a la “convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley”. Probablemente la diversidad de culturas hay que entenderla en sentido amplio: religión, lengua, costumbres... sin más límite que la Constitución y las leyes. Este límite tan vasto significa la aceptación de la situación de diversidad de estas identidades y culturas, para evitar que la diferencia suscite rechazo y lograr que sean la base para la convivencia social.

Otro elemento destacado de un concepto específico de integración puede deducirse del contenido del art. 2ter. En el primer inciso del número 2 cuando fija que la integración se realizará entre “inmigrantes y sociedad receptora” se recoge la famosa idea bidireccional de la Unión Europea, para indicar que la integración no solo es obligación de los inmigrantes, sino también de los nacionales, porque se precisa influencia recíproca y adaptación de todos.

La igualdad de trato que figura al final del párrafo primero del número 2, así como la participación y demás orientaciones del mismo apartado plantear ciertos caracteres para las políticas públicas dirigida a la integración, que se examinan después, pero que obligan a todas las administraciones públicas.

Un tercer enfoque de la integración en *sentido restringido* puede derivarse del propio artículo 2.ter: comprende las actividades formativas sobre la lengua y las instituciones española, que prevé expresamente la ley y el reglamento para dar lugar a un informe que producirá efectos en la obtención de algunos permisos o en su renovación.

Efectivamente, el segundo párrafo del num. 2 destaca la realización de acciones formativas para el conocimiento de valores democráticos, que han de dar a conocer los valores de la Constitución y de los Estatutos, de la Unión Europea, así como los derechos humanos, la democracia, la tolerancia, y la igualdad entre mujeres y hombres... “Acciones formativas” es un término muy amplio pero lógicamente incluye cursos, clases, conferencias y otras actividades semejantes que proporcionen un conocimiento y formación a las personas inmigradas.

A la vista de la ley es posible pues distinguir estos tres enfoques: genérico, específico y restringido. Para ser gráficos, podría decirse que si se pretenden evaluar los factores que intervienen en la integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida, un 30% puede depender de factores relacionados con su estatuto jurídico y los derechos que se le reconocen, un 30% depende de las normas y políticas específicas de integración y quizás un 10% deriva de la políticas restringida de integración, centrada en las “acciones formativas”. Al menos otro 30% dependería de otros muchos factores de distinto tipo, como las características de la nacionalidad y sobre todo de la personalidad de cada inmigrante, según sea su voluntad y capacidad de integración.

II.4. La colaboración entre las administraciones públicas en esta materia

El Estado autonómico se fundamenta en una fuerte descentralización de las instancias que lo integran, las CCAA, y el margen de autogobierno de cada una requiere relaciones de colaboración entre ellas y con el Estado para que sus políticas no choquen, produciendo vacíos o solapamientos. En todos los Estados federales existen diferentes técnicas de relación entre los Estados o Länder o Cantones para mejorar su funcionamiento, hasta el punto de que actualmente se habla de “federalismo cooperativo” para referirse a la importancia de estas técnicas, y en España son igualmente necesarias y –muy poco a poco- se van implantando.

Por ejemplo, la regulación de los Menores Inmigrantes No Acompañados corresponde al Estado, su gestión es competencia de las CCAA (toda la protección de menores), pero

si se opta por la repatriación de un joven, ha de intervenir el Estado para realizarla, aunque quizás el centro de jóvenes del país de origen ha sido construido con la colaboración de una CA. La relación precisa aún más colaboración en tareas de integración de los inmigrantes, por la imbricación de las tareas. Por ejemplo, de poco servirá una regulación muy amplia del pluralismo religioso, que corresponde al Estado, si luego no se facilita la construcción de oratorios, que afecta a las CCAA. La utilización constante de técnicas de colaboración no representa una opción técnica o política sino que deriva inescindiblemente de la distribución de competencias o poderes entre las CCAA.

La colaboración autonómica en el ámbito de la inmigración y de la integración responde a los mismos objetivos que en otros ámbitos (educación, economía, etc.) espacios y ha sido fundamentada por el Tribunal Constitucional como una necesidad derivada de la propia estructura del Estado, inscrita en el principio de solidaridad del artículo 2 de la Constitución. La Ley Orgánica vigente recoge esta obligación diciendo que

“La Administración General del Estado cooperará con las Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en el presente artículo... (integración de los inmigrantes)”

A continuación se exponen brevemente las diferentes técnicas se las ordena, que en ocasiones presentan un desarrollo de características propias de la inmigración, y en otras ocasiones reflejan caracteres más generales de la colaboración.

La *Conferencia Sectorial de Inmigración* es, desde el 2007, el principal órgano de coordinación –como en todos los ámbitos de competencias compartidas del sistema autonómico- porque reúne al ministros y altos cargos de éste área con los Consejeros de los gobiernos de las CCAA competentes en inmigración. Había sido precedido por el Consejo Superior de Políticas de Inmigración, creado por las leyes orgánicas del 2000, con una composición parecida pero de menor rango. El funcionamiento del Consejo había sido escaso, reducido apenas a la fijación del contingente anual de trabajadores extranjeros y a recibir la información del gobierno central sobre sus proyectos.

Su papel cambió a partir del gobierno Zapatero iniciado en 2004 porque tuvo una actividad notable en la elaboración del Reglamento 2393/2004, de diciembre, que como ya se vio en el capítulo 2 significó un giro radical de la política migratoria. La reforma posterior de los Estatutos de Autonomía proporcionando nuevas competencias a las CCAA, así como la actividad creciente de estas a medida que aumentaba la inmigración, han cambiado el panorama de las relaciones. Pero sobre todo el cambio de las relaciones autonómicas en la integración social se debe a la dinámica generada por el Fondo de Apoyo a la Integración, que enseguida se examina.

El Consejo fue sustituido por la nueva Conferencia Sectorial de Inmigración por decisión del Gobierno en marzo de 2007 y ha sido recogida en la LO 2/2009 (art. 2ter.4 y 68.1) como equivalente a las Conferencias Sectoriales que existen en los demás sectores y conectan al Gobierno central y a los gobiernos de las CCAA, que son una veintena aproximadamente.

El Fondo de Apoyo para la Integración de los Inmigrantes, reduciendo un poco su nombre oficial (“Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes y refuerzo educativo”), ha sido recogido por la Ley Orgánica de 2009 (art. 2ter.4) pero había sido creado antes, en 2005 y había arrancado con notable éxito. Al inicio se dotó con 120 millones de euros, que en el 2006 se aumentaron a 180 millones y los años siguientes pasó a 200 millones, hasta que la crisis económica lo redujo a 70 millones en 2010. Por tanto, en substancia consiste en una cantidad de dinero relativamente importante que el Estado reparte entre CCAA y Ayuntamientos de acuerdo con unos criterios generales (población, etc.) y según unos objetivos. La cantidad global se destina casi por partes

iguales a educación y a integración de los inmigrantes. La primera mitad corresponde a las CCAA, titulares principales de educación, y la segunda mitad a los municipios, que son los que tienen las tareas principales de acogida e integración de los inmigrantes, y se distribuye de acuerdo con parámetros objetivos de presencia de la inmigración y con los planes que presentan los municipios a sus respectivas CCAA.

Para Acogida e Integración, hay una asignación básica para cada CA (10%) igual para todas y el resto se reparte atendiendo al número de extranjeros empadronados, de trabajadores extracomunitarios afiliados a la Seguridad Social, y al número de trabajadores extracomunitarios afiliados al Régimen Especial Agrario. Para la parte del refuerzo educativo, se toma en cuenta el número de menores extracomunitario escolarizados en la enseñanza no universitaria (60%) y los que provienen de países no hispanohablantes (40%). Finalmente el acuerdo de reparto se concreta mediante convenios firmados por el Ministerio y las CCAA.

El Fondo de Apoyo se ha revelado eficaz para coordinar al Estado con las CCAA, probablemente porque las cantidades dedicadas y los criterios utilizados para la distribución han permitido pasar de la mera subvención al plan por objetivos, de modo que las CCAA siguen unas directrices establecidas en común.

Las partidas dedicadas a educación son de libre disposición de las CCAA que suelen dedicarlas al mantenimiento de aulas de acogida u otros instrumentos de integración que implican un coste adicional sobre recursos educativos ordinarios.

Las CCAA reparten las subvenciones que corresponde a los Ayuntamientos según las propuestas que estos realizan de planes de atención a la población inmigrante. A menudo, para impulsar la integración se ha seguido la vía de difusión de buenas prácticas, con reuniones de muchos Ayuntamientos que confrontan sus experiencias, después recogidas en algunas páginas web. El intercambio de información y experiencias resulta siempre útil, pero especialmente en sectores que presentan facetas nuevas, como el que tratamos.

Otras formas específicas de coordinación aparecen para los MINA, (arts. 35.11 y 112, muy especial), en inspección de trabajo (67.3), y con matices de mucha intensidad en la colaboración para la autorización inicial de trabajo (68.2) pero ya han sido mencionados en sus capítulo respectivo. También puede considerarse una forma de participación en órganos estatales la colaboración de las CCAA en la elaboración del contingente, pero igualmente fue mencionado en el capítulo correspondiente.

Las Subcomisiones de Cooperación en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las CCAA, fueron previstas por la LO 8/2000 para tratar problemas de residencia y trabajo, y nada impide que otros problemas específicos. La ventaja de la relación bilateral es que permite un tratamiento específico de los problemas derivados de caracteres particulares de cada CA, pero no parece que han conseguido un funcionamiento eficaz, con alguna excepción.

En general las relaciones entre la Administración del Estado y de la CA en materia de inmigración pasa por el encuentro ente el Ministro y el Consejero correspondientes cuando aparece algún problema particular, sin que se haya un funcionamiento regular de una instancia de segundo nivel que vaya siguiendo los problemas del funcionamiento ordinario. La consecuencia es la práctica inexistencia de relaciones sistemáticas entre la administración general y las autonómicas, más allá de las mencionadas.

Después de la reforma de algunos Estatutos de Autonomía, a partir del 2006, pareció que este instrumento podía reverdecer por la importancia que se concedió a las Comisiones Bilaterales de colaboración en todos los campos, y las reuniones que

efectivamente se realizaron en Cataluña y Andalucía, especialmente. Pero tampoco parece que esta posibilidad haya supuesto un cambio, de manera que este instrumento prácticamente es poco operativo.

El caso de Canarias resulta especial por las consecuencias de su proximidad a África, como recogió tempranamente el art.37.1 de su Estatuto, y efectivamente a partir de 2005-2006 la comisión bilateral ha funcionado con fluidez, llegando a elaborar un plan de colaboración específico. El esfuerzo principal se centra en la atención a los inmigrantes que llegan en cayucos y en el posterior traslado a la península, cuando no hay otra solución, pero incluyen algunas relaciones con los países de origen que podrían encuadrarse en ámbitos de integración, que probablemente han quedado inéditos por el estallido de la crisis económica.

El *plan estratégico* constituye una herramienta de la administración moderna que proporciona dimensión global y previsibilidad a las políticas públicas y en ocasiones facilita la colaboración entre varias administraciones. El primero se aprobó en Cataluña en 1993, a continuación el Estado elaboró el suyo y paulatinamente casi todas las CCAA y muchos municipios con población inmigrante procedieron a elaborar sus planes. Los primeros planes estratégicos de inmigración consistían en una recopilación de todas las medidas relacionadas con la inmigración que los Ministerios o la Consejerías pensaban aplicar. En este sentido tenían poco de planificación y parecían más bien una especie de coche-escoba que recogía todas las medidas dispersas que se formulaban en los distintos negociados de la administración. Posteriormente se prepararon con más seriedad, calculando su financiación, previendo una Comisión de seguimiento y su evaluación final y relacionando el plan de inmigración con otros sectoriales que pudieran existir, sobre formación profesional de los jóvenes, por ejemplo.

Lo cierto es que el “plan estratégico” se ha generalizado como instrumento de tratamiento de la inmigración por parte de las instituciones, tanto del Estado como de las CCAA y muchos municipios. Casi siempre comienza con un estudio de la inmigración en el ámbito correspondiente, continúa con un diagnóstico de los principales problemas y sigue exponiendo principios y medidas concretas que serán realizadas por la administración correspondiente. Como suele presentar un carácter muy programático es difícil distinguir un plan serio de un brindis al sol, pero puede ayudar a determinar su calidad la determinación de las necesidades y el establecimiento de prioridades, la participación mínima de los interesados, la previsión de un presupuesto adecuado, así como previsión de su evaluación periódica.

En la Comunidad de Madrid, la elaboración de un Plan Estratégico esta previsto expresamente en la Ley de Servicios Sociales y en Andalucía el plan de inmigración se aprueba por decreto del Gobierno, pero ambos rasgos son minoritarios y tampoco son muy significativos porque el plan posee per se un carácter programático.

El Estado viene aprobando un plan cada tres o cuatro años, con distintas denominaciones –el último es el *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)* - y lo mismo vienen haciendo la mayoría de CCAA (Islas Baleares, Navarra, País Vasco, comunidad Valenciana, La Rioja, Murcia, Aragón...) aunque no siempre existe continuidad. Lo importante es señalar que esta forma de soft law predomina en el ámbito de la inmigración de las CCAA y muchos municipios sobre otras formas jurídicas más vinculantes. En Canarias se han venido aprobando planes ambiciosos, que están reforzados con el funcionamiento de la Subcomisión Mixta de Cooperación Canarias-Estado para hacer frente a las particulares tareas de las islas en la llegada de inmigración irregular.

El Foro para la integración social de los inmigrantes es otro instrumento característico de la inmigración que utiliza tanto el Estado como las CCAA y muchos municipios: se

trata de una instancia de participación de las asociaciones de inmigrantes junto a las administraciones competentes y a veces con la presencia de sindicatos y otras administraciones. Normalmente actúa como vía de canalización de los problemas y también como órgano consultivo de la administración correspondiente.

El Foro estatal fue establecido por la ley del 2000 y se mantiene en la actual con una composición tripartita, integrado por representantes de las administraciones públicas, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones sociales de apoyo, que incluyen a los sindicatos y los empresarios. De manera paralela se han creado órganos similares en las CCAA (Galicia, Madrid, Canarias, Andalucía...), en algunas provincias (Jaén, por ejemplo) y en muchos municipios, porque reúnen a los interlocutores directos ante cualquier problema relacionado con la inmigración.

II.5. La inmigración en los Estatutos reformados a partir del 2006

Los Estatutos reformados a partir del 2006 han recogido expresamente la integración de los inmigrantes, como competencia exclusiva en unos o compartida, en otros, además de otras competencias sectoriales, como la autorización inicial de trabajo, que es una competencia administrativa pero de gran relevancia para orientar el tipo de inmigración que se desea. Así puede verse en los Estatutos de Cataluña (138), Andalucía (62), Aragón (75.6), y con menos rotundidad los Estatutos de Castilla y León, Illes Balears y Comunidad Valenciana.

La STC 31/2010, recaída sobre el Estatuto de Cataluña, ha realizado una lectura inmovilista de estas competencias repitiendo que la inmigración solo corresponde al Estado y que la intervención de las CCAA se inscribe dentro de su competencia en servicios sociales. Seguramente se trata de un pronunciamiento poco decidido, explicable por el marco general de esta Sentencia tan conflictiva. En todo caso, no responde a la realidad porque las CCAA están desarrollando competencias mucho más intensas que las correspondientes a servicios sociales y el TC hubiera podido construir la competencia de integración de los inmigrantes como una sub-área con una distribución de poder especial, dentro de la general de inmigración, que es realmente lo que pasa, porque la mayoría de la materia se basa en la colaboración entre distintas administraciones públicas. La propia Ley Orgánica parece asumir la competencia parcial de las CCAA, porque expresamente el art. 2.bis.1 señala que corresponde al Gobierno del Estado la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales.

III. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN INICIAL DE TRABAJO

Como es sabido, los sistemas federales reparten el poder legislativo y ejecutivo entre la federación y los Estados, Länder o Cantones, y entre esos ámbitos compartidos suele estar la inmigración o materias relacionadas como la contratación laboral de trabajadores extranjeros, de modo que en el derecho comparado los Länder alemanes, las regiones belgas y los cantones suizos intervienen con más o menos fuerza en la contratación de trabajadores inmigrantes. Es lógico que en el Estado autonómico, que también es una distribución de poderes legislativos y ejecutivos en casi todos los ámbitos, aparezca un planteamiento equivalente reivindicando la política de integración de la inmigración y la participación en la concesión del permiso de trabajo, que se trata ahora.

En España, a partir del 2000 las CCAA participaban en el proceso de elaboración del contingente, aunque en medida muy escasa, a través del Consejo Superior de Políticas

de Inmigración. Así no es extraño que los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados a partir de 2006 por Cataluña, Andalucía, Aragón, etc. asuman la ejecución del derecho laboral sin exceptuar el que afecta a la inmigración, además de otras tareas de integración de los inmigrantes. En todo caso, Cataluña y Andalucía establecen su participación en los procedimientos de contratación laboral, interviniendo concretamente en la concesión de la autorización inicial de trabajo.

El Estatuto de Cataluña, en el art. 138.2, y de forma semejante el Estatuto de Andalucía, señala que “Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña” y añade que “Esta competencia se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros”.

Posteriormente se han realizado los traspasos de servicios y a continuación las CCAA han comenzado a ejercer esta competencia, pero solo tienen esta competencia las CCAA que lo asuman en su Estatuto. El Decreto de traspasos de las funciones y servicios a Cataluña, primero en aprobarse, se hizo por el RD 1463/2009, de 18 de septiembre.

Como en el sistema jurídico español el permiso de trabajo del inmigrante va ligado a la autorización de residencia, el traspaso de la competencia a algunas Comunidades Autónomas produce la concurrencia de dos administraciones, la laboral autonómica que resolverá sobre la autorización de trabajo por cuenta ajena o propia y la estatal que resolverá sobre la residencia. Su concesión requiere la respuesta positiva de las dos administraciones.

El resultado será que habrá una sola solicitud de residencia y trabajo, presentada ante una Administración, y que los interesados recibirán una sola resolución, que contendrá los dos pronunciamientos de las administraciones, coordinados por una aplicación telemática a lo largo de todo el procedimiento. La decisión puede ser impugnada ante cualquiera de los órganos que la firman, pero se resolverá de forma conjunta y concordante por ambos. La entrada en vigor del nuevo sistema se realizó el 1 de octubre de 2009.

De hecho este sistema compartido descansa en la eficacia informativa de una aplicación informática que permite conocer todas las fases del proceso en tiempo real. Si en algún consulado no fuera posible la comunicación informática, se dará traslado físico a las Administraciones estatal y autonómica y ambas decidirán de forma conjunta y concordante. Además, debe existir un completo intercambio de información, ya que las renovaciones de los permisos corresponden al Estado, y por ello numerosas disposiciones reglamentarias se refieren a la gestión electrónica de los procedimientos.

También en la autorización por cuenta propia se distingue entre requisitos de residencia y laborales, aunque son muy parecidos a los actuales, tras la presentación de la solicitud en el Consulado, que la incluirá en la aplicación informática. Igualmente se prevé la participación de la CA en las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo para investigación – y sus familiares- y para profesionales altamente cualificados; Igualmente en la autorización inicial de residencia y trabajo para temporada y en las autorizaciones para los trabajadores transfronterizos, las que permitan el trabajo parcial de los estudiantes, y en las modificaciones del tipo de autorización, por ejemplo, de estudios a residencia y trabajo, cuando el nuevo permiso implique a la autorización inicial de trabajo, que es la competencia autonómica.

La novedad presenta la complejidad técnica de entregar conjuntamente los dos permisos, el de trabajo por la CA y el de residencia por el Estado, pero satisface la reivindicación autonómica, que quizás adquiere mayor consistencia por la pérdida del monopolio del INEM y el traspaso de las políticas activas de empleo a las CCAA.

IV. LOS MENORES INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS (MINA)

El grupo de los menores que han inmigrado solos, sin una persona mayor que los proteja, es poco numeroso, en términos relativos, pero despierta una gran atención de la opinión pública por razones diferentes. En parte, por compasión, porque se trata de adolescentes, que se han lanzado a la emigración con la ilusión de trabajar y salir adelante, sin calibrar las dificultades que encontrarían. En parte, por la prevención que suscitan, cuando se mueven en bandas por las grandes ciudades o sus áreas metropolitanas, inhalando pegamento o cometiendo pequeños hurtos. En todo caso, su audacia atravesando el Estrecho en los bajos de los camiones, llegando en pateras desde África, o recorriendo media Europa tras escaparse de sucesivos centros de menores, no pasa desapercibida.

IV.1. Dimensión y caracteres del fenómeno

A principios de los años noventa aparecen, en las principales ciudades españolas o en sus áreas metropolitanas, grupos de jóvenes de edad comprendida entre los 14 y los 17 años, provenientes de Marruecos que han entrado en España de forma ilegal (como polizontes, en pateras...) y sin tener ningún familiar mayor que les pueda acoger o ayudar. Inicialmente estos jóvenes vienen con un proyecto migratorio, es decir, pretenden trabajar y enviar dinero a su familia, y por ello no entienden que se les prohíba trabajar (por ser menores o por carecer de permiso), rechazan los estudios que se les propone e incluso son reticentes a permanecer en residencias de protección de menores, o si lo aceptan es como mal menor, y se escapan en cuanto aparece algún problema.

Si en la primera etapa eran unos cuantos centenares, hacia principios de siglo se habla de algunos millares, pero al manejarse cifras de paso por las residencias oficiales probablemente se multiplica su número, porque se escapan de unas y van a otras, donde vuelven a ser registrados. Son jóvenes que entran por Andalucía y son detectados inicialmente allí, pasan después a Madrid y se trasladan más tarde a Barcelona o Bilbao, cuando no siguen a Marsella u otras ciudades europeas, casi siempre aprovechando las ayudas públicas pero huyendo al mismo tiempo de la disciplina que significan las residencias de la protección de menores y sobre todo evitando ser repatriados. Aunque es difícil generalizar, la mayoría malviven entre las residencias públicas y las casas abandonadas y se mantienen con pequeños trabajos o con hurtos. Las Comunidades Autónomas donde tienen mayor presencia son Madrid, Cataluña, Andalucía, Canarias y las ciudades de Ceuta y Melilla.

Aproximadamente en torno al 2005, el fenómeno evolucionó en diferentes sentidos. Por una parte el origen marroquí de los primeros grupos se ha diversificado con la llegada de jóvenes subsaharianos y de Europa del Este, principalmente rumanos. Por otra, han aparecido jóvenes de menos edad (12-14 años) que no llegaban con un proyecto migratorio ingenuo, como los primeros MINA, sino enviados por sus familias, que pagaban el traslado en patera, para que fueran acogidos por la protección de menores de España y lograran una cierta formación. Esta nueva generación tiene una actitud muy diferente, más respetuosa con los programas de la protección de menores.

Por otra parte, al mismo tiempo que se produce el relevo de las pateras que van a Andalucía por los cayucos que llegan a Canarias, especialmente en torno a la eclosión de 2006, cambia también la composición de los MINA que alcanzan Canarias, en un número que supera todas las previsiones, desde Senegal, Costa de Marfil, Malí, las dos Guinea y Gambia. De los 800 MINA que estaban en Canarias a finales del 2006 el 90% provenía de los países citados.

Esta acumulación en Canarias significaba un problema adicional y en una reunión en septiembre del 2006 del Consejo Superior de Políticas de la Inmigración, que era el

órgano de coordinación Estado-CCAA en la época, se acordó que 500 jóvenes serían trasladados a la península y asumidos por las demás CCAA. Tras algunas discusiones el plan fue asumido por la mayoría de CCAA, pero sólo alcanzó a 250 jóvenes aproximadamente, lo que provocó nuevas diferencias entre el gobierno canario y el gobierno de España, con la amenaza del primero de “devolver” la competencia de protección de menores. Finalmente el Gobierno central subvencionó a varias ONG de la península para que asumieran la tutela de otro centenar de jóvenes.

Al mismo tiempo en la península crecía el número de MINA pero sin llegar a la proporción de Canarias. Por ejemplo, en Cataluña a finales de 2006 la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia tenía acogidos 635 MINA, siendo marroquí el 90% de estos. Por la misma época, más o menos, comenzó también la llegada de MINA desde Rumania. Tanto éstos como los subsaharianos incluían algunas chicas que no habían aparecido en los MINA provenientes de Marruecos.

IV.2. El estatus internacional y constitucional de los menores en España

Los niños y las niñas, los menores, han sido siempre, y continúan siendo, la parte más débil de la sociedad y por tanto es lógico que las leyes hayan perseguido los abusos más frecuentes y hayan creado instituciones específicas para su protección, introducida en España por primera vez por una ley de 1904 como Protección de Menores. También esta debilidad de los niños explica que hayan sido las normas del derecho internacional las más avanzadas en su defensa, porque resulta más fácil ser generoso legislando para el mundo que para el propio país; tras una primera Declaración de Ginebra de 1924, la ONU formuló la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y más recientemente ha aprobado la Convención sobre los Derechos del Menor, de 1989, que es un auténtico tratado internacional de obligado cumplimiento para todos los Estados signatarios (España lo ratificó en 1990).

La Constitución española de 1978 conectó con esta dinámica y en el art. 39.4 realiza un gran avance al recoger íntegramente los progresos que pueda realizar el derecho internacional.

La Convención sobre los Derechos del Menor citada alcanza así la mayor fuerza normativa que pueda tener un tratado internacional. En especial, hay que tener en cuenta que la Convención prohíbe la distinción de la protección pública entre los menores nacionales y los extranjeros, configura el “interés superior del menor” como criterio de las decisiones públicas, y reconoce como voluntad del menor la expresión que él mismo realice, aunque su influencia venga modulada por la edad. A partir de estos principios jurídicos la Convención impulsa a las legislaciones a recoger los derechos de los menores configurados como auténticos derechos públicos subjetivos en los diferentes Estados.

No lo hizo así la primera ley de extranjería de 1985, que ignoró a los menores (aunque el fenómeno de los MINA apenas existía), pero en cambio el Reglamento de 1996 –una vez más- introdujo una primera regulación y concretamente incluyó la prohibición de su expulsión, sin duda por influencia del Convenio, que ensalzaba el interés superior del menor y prohibía su discriminación respecto a los nacionales. Las leyes del 2000 prestaron una atención al problema que no ha cesado de crecer y se manifiesta también en las normas de las CCAA, que son las competentes en cuanto a los servicios de protección de menores.

IV.3. El tratamiento jurídico de los MINA

El contacto entre las administraciones y los MINA comienza con la detección de estos en las calles de las ciudades, que normalmente realiza la policía urbana o trabajadores

sociales del Ayuntamiento. El menor es conducido a la protección de menores y se pone bajo la autoridad del Ministerio Fiscal, que resulta la principal garantía de la legalidad del procedimiento de los MINA.

Ante la duda sobre la mayoría de edad del joven, o su alegación de que es menor (porque los jóvenes extranjeros saben que si les consideran mayores de edad serán expulsados), el Fiscal decide si los somete o no a una prueba radiológica de los huesos de la muñeca, que se utiliza en muchos países para la determinación de la edad de las personas. Pero la utilización de estas técnicas recibe críticas serias porque parece que la fiabilidad de su resultado oscila entre uno y dos años, y que dan resultados distintos sobre el tipo de individuo que analizan. Para evitar estos problemas el Reglamento vigente establece que será considerado menor si la horquilla de edad comprende una parte inferior a los 18 años. La solución parece razonable, pero el Defensor del Pueblo ha presentado un informe crítico sobre la prueba radiológica a finales de 2011.

La crítica es lógicamente mayor cuando la prueba se utiliza para desmentir la edad que figura en el pasaporte del joven (probablemente por la sospecha de que su contenido no es fidedigno) y cuando las pruebas dan resultados distintos en diferentes CCAA. Pero la negativa del menor a realizar la prueba opera como presunción de la mayoría de edad, y la consecuencia inmediata será la apertura de un procedimiento de expulsión.

Si el Ministerio Fiscal considera que efectivamente se trata de un menor, este queda acogido por la protección de menores, normalmente en un centro de primera acogida mientras se averiguan los datos de su familia y país de origen, para intentar la repatriación del menor, porque efectivamente la ley parte de que la primera opción debe ser la repatriación (aunque en la práctica resulta muy minoritaria) y sólo si esta no es posible se procede a la constitución de la tutela y al otorgamiento del permiso de residencia.

Si la administración española no consigue realizar la repatriación, y en todo caso tras un período de nueve meses sin lograrlo, el menor debe ser declarado en desamparo por carecer de familiares mayores que le protejan, y en consecuencia queda bajo la tutela de la protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Normalmente el joven se encuentra ya en un centro residencial y la CA, además de prestar asistencia material y personal al menor, realizará la tramitación de su documentación de residencia y trabajo, y asegurará la formación educativa y laboral necesaria para transitar hacia la mayoría de edad. La protección de menores es competencia de las CCAA y en cada una la tutela corresponde a la dirección general de atención a los menores, generalmente encuadrada en la Consejería de Bienestar Social o equivalente.

El propio artículo 35.7 LODYLE establece que la formación de la tutela implicará el permiso de residencia regular para el menor, cuyo inicio se retrotrae además al momento en que entró en contacto con la administración. Esto supone el reconocimiento del tiempo que puede pasar entre la detección del joven y el otorgamiento de la tutela, y en el mismo sentido la ley establece que la ausencia de autorización de residencia no impedirá la concurrencia del menor a cursos o actividades que le resulten útil, como si la propia ley asumiera el retraso de la actuación administrativa.

Sin embargo, la ley (art. 35.8) permite también que la administración pueda realizar la repatriación aún después de haber otorgado la tutela, se entiende que al haber conseguido la repatriación más tarde de lo esperado.

El incremento de los MINA y las dificultades de las administraciones públicas para adoptar una protección de menores adecuada a las condiciones de estos jóvenes ha conducido a la ley a una solución arriesgada, el permiso a otras entidades para que asuman esta tutela, con la sola condición de que lo autorice un Juez (art. 35.7). El número 11

del mismo artículo puntualiza un poco más al decir que las administraciones podrán realizar convenios con ONG, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, para atribuirles la tutela ordinaria de los MINA, especificando cada convenio el número de menores que asume, el lugar de residencia y los medios materiales que se les destinarán. La CA se dirigirá para ello al Juzgado del lugar donde vaya a residir el menor, aportando el convenio y la conformidad de la entidad. La tutela así creada seguirá el régimen común que establece el Código Civil.

IV.4. La repatriación

Una primera cuestión pasa por examinar la repatriación que la legislación reserva como medida de alejamiento para los menores, excluyendo por tanto la expulsión. El Reglamento de 1996 (art. 13.1.a) prohibía expresamente la expulsión de los menores, probablemente por influencia directa de la Convención de derechos del menor, que excluye un trato diferente para los extranjeros que para los menores nacionales. Las leyes del 2000 y las posteriores han adoptado una posición diferente, no prohíben expresamente la expulsión pero lo hacen implícitamente porque dedican un artículo específico a los menores, previendo la repatriación o en su defecto la tutela y la autorización de residencia. En todo caso, habrá que comenzar por entender que la repatriación del menor es un trato diferente a la expulsión, que pasa principalmente porque el regreso al país de origen no se realiza a través de la policía sino entregando el menor a su familia o, en su caso, a la protección de menores del país de origen.

La Directiva europea de retorno, que aspira a introducir una regulación homogénea de la expulsión en todo el ámbito comunitario, utiliza el mismo términos para los menores y los mayores (retorno, que equivale a expulsión), pero en el art. 10.2 solo admite el retorno del menor si se realiza a la familia de origen, o se hace cargo de él un tutor o los servicio de atención a los menores, en el país de origen. Por tanto igual que España e Italia (los dos países que más conocen el fenómeno de los MINA, y probablemente por su influencia), también la Unión Europea excluye la mera expulsión o retorno, porque solo se puede realizar en condiciones que garanticen cierta protección.

Es decir, el resultado material es equivalente y la mera expulsión queda descartada, exigiéndose en todo caso un regreso al país de origen que garantice cierta protección, familiar o administrativa. A la vista de las circunstancias familiares del menor y tras los informes necesarios, la Administración del Estado decidirá sobre el retorno a su país de origen o, en su defecto, sobre su permanencia en España (art. 35.5). Lo importante es que la institución se aplique correctamente.

En el 2003 publicó una circular del Fiscal General del Estado (muy criticada y afortunadamente modificada el año siguiente) que recomendaba la repatriación sistemática de todos los menores, ignorando la protección internacional y constitucional que se ha visto, a través del atajo jurídico increíble de considerar “emancipados”, y por tanto mayores de edad, a todos los MINA por el hecho de haber abandonado la casa paterna, sin tener en cuenta que la emancipación es una figura jurídica muy diferente.

Tampoco el argumento del “interés superior del menor” que el Convenio de derechos del Menor consagra como principio general puede servir de fundamento para la repatriación sistemática o como medida preferente, porque justamente en muchos casos de protección de menores lo más aconsejable es la separación de la familia, y por otra parte, el principio requiere un análisis individualizado, caso por caso.

Però lo más curioso es que la prioridad a la repatriación al país de origen, mal justificada con estos argumentos de reagrupación familiar o interés superior del menor, no tiene nada que ver con la realidad, porque en la práctica la administración española

apenas puede retornar jóvenes a sus países, seguramente por las dificultades para localizar a las familias, bien porque estas no quieren ser interrogadas o porque los propios servicios del país de origen no tienen interés en el retorno. De nuevo las estadísticas son poco fiables pero podemos atender a las cifras dadas por el Gobierno en el Congreso de los Diputados. En el 2006 fueron repatriados 111 jóvenes (recordemos que había unos 9.000), en el 2007 solamente 24. Por su parte el Defensor del Pueblo en sus informes dio la cifra de 27 repatriados en el 2007 (próxima a la gubernamental) y solo 10 en el 2008.

IV.5. Audiencia y abogado del menor

Otro elemento polémico que se ha resuelto positivamente en la última reforma legal se refería al valor de la audiencia del menor y la posibilidad de que designara abogado propio, diferente al aportado por la protección de menores, en el procedimiento de repatriación. Recordemos que en todo caso, en el procedimiento de repatriación la decisión de la administración estatal (Delegado o Subdelegado del Gobierno) se debe tomar a la vista del informe de la protección de menores y con audiencia del Ministerio Fiscal, tras haber oído al menor “si tiene suficiente juicio”, es decir, dando a su voluntad un peso distinto según la madurez que haya alcanzado. El art. 35.6 añade algo más, porque los jóvenes entre 16 y 18 años (que seguramente son la mayoría de los MINA) tienen capacidad para intervenir en el procedimiento de repatriación y en el eventual recurso judicial posterior; y cuando se trate de menores de 16 años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela, se le nombrará un defensor judicial que le represente.

El TC había insistido en varias Sentencias (221/2002 y 152/2005) en la importancia decisiva de la audiencia del menor antes de su repatriación, pero la norma legal va más allá y tiene un origen claro en el caso que resolvió la STC 183/2008. Se trataba de un menor marroquí que había llegado en patera a España con 14 años y había sido declarado en situación de desamparo, por encontrarse aquí sin persona adulta que se responsabilizara de él, asumiendo la tutela la administración la CA de Madrid. Esta misma solicitó a la administración del Estado que iniciara el procedimiento de repatriación para enviarle con su familia a Marruecos, lo que fue acordado por resolución del Delegado del Gobierno de Madrid en febrero de 2006, cuando el joven ya tenía 17 años.

Contra esta decisión recurrió el menor marroquí ante el Juzgado Contencioso-Administrativo, expresando su voluntad de continuar en España y nombrando un abogado para que le representara en todo lo que fuera necesario. El Juzgado admitió el recurso y suspendió provisionalmente la repatriación. Pero contra la resolución judicial recurrió la CA y el Abogado del Estado, rechazando al abogado designado por el menor porque la tutela correspondía a la CA y por tanto esta era la que debía designar al abogado. Vista la contraposición entre el menor y la CA como entidad de tutela, el Ministerio Fiscal solicitó el nombramiento de un Defensor Judicial, que es una figura prevista por el Código Civil para los casos de conflictos entre un tutor y el menor o incapacitado al que representa, correspondiendo al Defensor la protección de los intereses del menor, y respondiendo solo ante el Juez que le ha nombrado. La letrada de la CA se opuso al nombramiento del Defensor Judicial, por entender que esto es propio de la jurisdicción civil y no de menores, pero el Juez lo mantuvo, atribuyendo concretamente la función de Defensor Judicial al abogado designado por el menor. Además el mismo abogado alegaba el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento judicial que pueda conducir a su expulsión, en virtud de la LO 1/1996 de Protección del Menor. También el art. 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa otorga capacidad procesal a los menores para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, especialmente en la esfera personal.

Finalmente el conflicto se centró en aclarar si un menor tutelado por la administración puede intervenir por sí mismo en el procedimiento de repatriación, si puede nombrar abogado diferente al designado por la Administración que le tutela y si el Juez contencioso puede nombrar un Defensor Judicial para amparar al menor en caso de conflicto con la administración que teóricamente tutela sus intereses. En esta importante sentencia el tribunal constitucional renuncia a entrar en estas tres cuestiones concretas pero le concede el amparo por considerar que el resultado, la falta de audiencia del menor, constituía una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial, del art. 24 CE. La LO 2/2009 resuelve todos estos aspectos que en la Sentencia aparecía como vacíos legales, proporcionándoles una correcta regulación en el art. 35.6.

IV.6. Cómo articular una política realista

Otro de los aspectos debatidos sobre los MINA pasa por el trato que deben recibir de las administraciones públicas y en concreto si deben ser atendidos de manera específica o han de incluirse en los programas generales de la protección de menores. Para ello es preciso recordar que la protección de menores en España había realizado una reforma positiva, especialmente a partir de la LO 1/1996 de Protección del Menor, y cuando se inicia el fenómeno de los MINA estaba muy orientada a un tipo de jóvenes nacionales, afectados principalmente por la desestructuración familiar, pero en todo caso muy diferentes a la problemática que incorporan los primeros grupos de MINA, tan distante que apunta el riesgo tirar por la borda las mejoras conseguidas.

La colaboración internacional ha sido una de las vías seguidas para hacer frente a los problemas generados por el fenómeno de los MINA, tanto como política preventiva (intentando evitar la llegada clandestina de nuevos menores) como para encontrar facilidades en la política de repatriación, tan difícil de instrumentar, como se ha visto. Con este fin se han realizados convenios con los principales países de origen de los MINA: Rumania (2005), Senegal (2006) y Marruecos (2007).

La ley prevé no solo convenios del Estado sino también de las CCAA (35.1 y 2), revelando probablemente la estrategia futura basada en una política de prevención (de los países de origen), para que los MINA no salgan de ellos y de ayuda, para que creen centros y entes de protección de menores en sus países, tanto para atenderles –y de nuevo, evitar que vengan- como para justificar la repatriación.

Como en Marruecos apenas existía protección de menores tanto el Estado como las CCAA han colaborado en la creación de centros que pudieran acoger a los jóvenes repatriados: el Gobierno central proyectó colaborar en la construcción de dos, uno en Nador y otro en Béni-Mallal; la Comunidad de Madrid, lo hizo en Tánger y Marrakech; Cataluña también en Tánger tanto en un centro como en pisos que acogieran a los repatriados y Canarias proyectó su colaboración en centros de Agadir y Tiznit. Esta por confirmar tanto la efectividad de los proyectos como su resultado a largo plazo.

En esta materia se requerirá sin duda una coordinación entre el Estado y las CCAA, aludida expresamente en el apartado primero, citado, pero en realidad la colaboración entre el Estado y las CCAA es muy necesaria en todo el ámbito de los MINA, (y aún de las CCAA con los municipios), porque la tutela de menores inmigrantes no acompañados implica a las diversas administraciones públicas. La detección de menores corresponde tanto a los servicios sociales y a la policía de los municipios o de la Comunidad Autónoma correspondiente, toda la atención y tutela de los menores es competencia de las CCAA y la repatriación y los informes consulares son tareas del Estado.

Para concluir, puede decirse que ninguno de los problemas planteados es insuperable, pero son necesarios recursos financieros y una estrategia clara que todos los poderes

públicos deben seguir. La crisis económica del 2008 que ha frenado toda la inmigración en los años posteriores ha dado un respiro en el ámbito de los MINA, pero es muy probable que el fenómeno reaparezca aumentado una vez que se supere la crisis.

El problema más complicado de los menores tutelados por las CCAA se produce seguramente cuando estos llegan a la mayoría de edad, y por tanto se termina la tutela y con ella, o poco después, el permiso de residencia, especialmente si no tienen trabajo para poderle renovar. Hasta la ley del 2009, si alcanzaba la mayoría de edad sin tener aún la autorización, la entidad de protección recomendaba que se le concediera una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales. Ahora el artículo 35.9 contiene una remisión al reglamento para que fije las condiciones para que los jóvenes tutelados puedan acceder a los permisos de residencia y trabajo al llegar a la mayoría de edad, pero la propia ley apunta algunos criterios que el reglamento debe concretar: informes positivos respecto a su integración, continuidad en la formación o estudios que realicen y la incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Contiene además un mandato a las CCAA para que faciliten el acceso de estos jóvenes al mercado laboral.

El Reglamento vigente ha encontrado una solución equilibrada, distinguiendo si el menor es o no titular de una autorización de residencia.

En el primer caso puede realizar una renovación como si fuera residencia temporal de carácter no lucrativo por dos años con la particularidad de que los medios económicos han de equivalen al 100% del IPREM (532 euros al mes en el 2011) y que se tendrá en cuenta el esfuerzo de integración que hayan realizado, así como en especial el grado de inserción del menor en la sociedad española (con criterios concretos que establece el art. 197 del propio Reglamento). En cualquier momento puede realizarse el cambio a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Si el menor no tiene una autorización de residencia, la entidad de tutela podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, también con la condición de haber participado en acciones formativas para la integración social y de contar con una cantidad equivalente al 100% del IPREM o en su caso un contrato de trabajo.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Dos décadas de inmigración y la capacidad de intervención de las CCAA ha cambiado notablemente la gobernanza de la inmigración, aunque existen diferencias importantes entre CCAA, por diferentes razones. Primero, por la diferencia de competencias, tanto general como en inmigración, acentuada por la reforma los EEAA. Segundo, por la existencia o no de entes territoriales intermedios que asuman que realicen tareas que en otras llevan a cabo las propias CCAA: uniprovinciales (que no tienen Diputación provincial), País Vasco, Baleares e Islas Canarias (fuentes entidades intermedias), la situación especial en Canarias (por proximidad a África) y Comisión Bilateral desde LO 8/2000, etc. En tercer lugar, por la misma presencia de la inmigración, que tiende a concentrarse en algunas CCAA.

En los dos estudios de caso se ha constatado que la colaboración entre el Estado y las CCAA, y entre las CCAA y los municipios es muy necesaria, porque la gestión de la diversidad implica a las diversas administraciones públicas. ■