

LA FIRMA

Conflicto competencial a cuenta de los menores inmigrantes desamparados

"Lo que dice Clavijo y lo que recoge la ley"



(Imagen: E&J)

Se ha publicado en los medios de comunicación que el presidente de Canarias, **Fernando Clavijo**, ha anunciado que los servicios jurídicos del Gobierno autonómico van a analizar las posibles vías (administrativa, constitucional y penal) para que se reconozca que los menores inmigrantes no acompañados (MENAS) que llegan a sus costas en cayucos o pateras están bajo custodia policial, no abandonados ni desamparados, y que, por ello, son competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas.

Desde el punto de vista del **derecho administrativo**, el Ejecutivo canario dice basarse en un precepto de la **Ley de Extranjería (artículo 13)**. Sin embargo, dicho artículo no tiene ese contenido, sino que se refiere a los derechos en materia de vivienda: "Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles".

Analizando otros preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (la conocida como Ley de Extranjería), sobre el particular, se dice en el artículo 2 bis, sobre **política migratoria**, que «corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, 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».

El artículo 2 ter, sobre **integración de los inmigrantes**, recoge 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, en el marco de un plan estratégico plurianual que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados. En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración».

Por su parte, el artículo 35, sobre **menores no acompañados**, desarrollado por los artículos 189 y siguientes del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece que «el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integralmente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos».

Fernando Clavijo, presidente de Canarias. (Imagen: RTVE)



Añade que «las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos».

También indica que «en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».

Determinada la edad, «si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle».

El citado precepto también recoge que «los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado».

Y señala que «la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer convenios con organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, con el fin de atribuirles la tutela ordinaria de los menores extranjeros no acompañados. Cada convenio especificará el número de menores cuya tutela se compromete a asumir la entidad correspondiente, el lugar de residencia y los medios materiales que se destinarán a la atención de los mismos».

(Imagen: Archivo)



De los preceptos referidos de la Ley de Extranjería, **no encontramos sustento legal que permita respaldar las intenciones del Gobierno Canario**.

Por su parte, el **Estatuto de Autonomía de Canarias** (Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias), **parece ir en el mismo sentido sobre la competencia autonómica respecto de los menores inmigrantes**:

El artículo 144, sobre inmigración indica que «corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en materia de inmigración sin perjuicio de las competencias constitucionalmente atribuidas al Estado sobre la materia: **La competencia exclusiva en la atención sociosanitaria y de orientación de los inmigrantes no comunitarios**; el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias, la adopción de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigrantes y para la garantía de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes; y el establecimiento, de acuerdo con la normativa estatal, de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigrantes, incluidos los menores extranjeros no acompañados».

Y el artículo 147, sobre voluntariado, menores y promoción de las familias, dispone que «corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la competencia exclusiva en materia de protección de menores que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal.

Además, señala que «la Comunidad Autónoma de Canarias participará en la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias en materia de menores, a través de los órganos y procedimientos multilaterales previstos en la legislación del Estado».

Analizado el derecho sustantivo y no siendo, a nuestro juicio, claramente favorable para apoyar las acciones del Gobierno Canario, no obstante, a nivel procesal, con arreglo a esa u otra normativa, en cuanto a las posibles acciones que pudiera entablar el Gobierno Canario, **la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, regula la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan acudir a los Tribunales, ante la inacción de la Administración Central**.

Imagen de archivo de decenas de migrantes a su llegada al puerto de La Restinga en la isla canaria de El Hierro. (Imagen: RTVE)



El artículo 19 señala que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo «**la Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado** y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local».

El artículo 29 establece que «cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración».

Por último, **desde el punto de vista del derecho constitucional**, la Ley Orgánica del Tribunal constitucional, regula los llamados conflictos de competencia entre Comunidades Autónomas y Estado, que a priori sería la vía más adecuada, pero existe un obstáculo difícil de sortear: cuando se trata de un conflicto negativo, la ley misma de las Comunidades Autónomas para el sortearlo, decae.

Vayamos por partes, el artículo 60 de la citada ley establece, en relación, a los conflictos positivos de competencias, lo siguiente: "Los conflictos de competencia que opondan al Estado con una Comunidad Autónoma o a éstas entre sí, podrán ser suscitados por el Gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, en la forma que determinan los artículos siguiente.Los conflictos negativos podrán ser instados también por las personas físicas o jurídicas interesadas».

Sin embargo, el artículo 71, en cuanto a los conflictos negativos (como pudiera ser el comentado), solo reconoce legitimación para entablarlo al Gobierno central. Así, dispone que «el Gobierno podrá igualmente plantear conflicto de competencias negativo cuando habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que a la Comunidad confieran sus propios estatutos o una Ley orgánica de delegación o transferencia, sea desatendido su requerimiento por declararse incompetente el órgano requerido».

Y añade que «la declaración de incompetencia se entenderá implícita por la simple inactividad del órgano ejecutivo requerido dentro del plazo que el Gobierno le hubiere fijado para el ejercicio de sus atribuciones, que en ningún caso será inferior a un mes».

En definitiva, desde el punto de vista del derecho contencioso-administrativo, las acciones en esta materia son, desde una perspectiva teórica, posibles; ahora bien, a nivel práctico, dudamos muy mucho de su éxito.



TEMAS RELACIONADOS: #ANTONIO BENÍTEZ OSTOS #CANARIAS #INMIGRACION

