

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS: EL VETO CONSTITUCIONAL A SU EXPULSIÓN

Ana Ruiz Legazpi

Profesora honoraria de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN JUVENIL: ZONAS DE PENUMBRA Y OTROS DÉFICITS LEGALES.- III. DERECHOS FUNDAMENTALES E INMIGRACIÓN JUVENIL: 1. Teoría constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros: los menores. 2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre los derechos de los extranjeros: especial referencia al derecho a su vida familiar como límite a la expulsión. 3. Su proyección (reforzada) a la expulsión de los jóvenes inmigrantes.- IV. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS MENORES: EL MANDATO DE PROTECCIÓN DEL ART. 39.4.

PALABRAS CLAVE

Convenio Europeo de Derechos Humanos; Derechos fundamentales; Expulsión; Extranjeros; Menores.

RESUMEN

El veto constitucional a la expulsión de los menores extranjeros impone al legislador democrático el paradigma de su protección en España. Así se deriva, en efecto, de las férreas restricciones al control de la inmigración juvenil dimanantes de los derechos fundamentales y de los mandatos constitucionales. En especial, del mandato de protección a los menores, cristalizado en el art. 39.4 CE por medio de una remisión a los tratados internacionales. Su llamamiento a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo atrae al plano constitucional la protección específica que el Convenio Europeo brinda a los menores frente a su eventual expulsión.

I. INTRODUCCIÓN

A menudo la expulsión de menores extranjeros es estudiada con base en argumentos legales que tratan de suplir el vacío normativo de una Ley de Extranjería que no la prohíbe expresamente. La Ley da por sentada su inadmisibilidad pero, en ocasiones, esta circunstancia no parece más que un incentivo para sortear el veto con disimulo.

La instrumentalización de la repatriación para la reagrupación del menor con su familia es uno de los aspectos que más nos preocupan de este singular fenómeno (1) en relación con el cual sentimos la necesidad de acudir a argumentos supralegales en los que fijar los límites que se imponen al legislador y al resto de los poderes públicos desde la fuerza normativa de la Constitución (2).

Hablar de límites al poder es hablar de derechos fundamentales. Tanto la teoría constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros (2.1) como los límites a su expulsión reconocidos en Estrasburgo (2.2) serán tenidos en cuenta antes de abordar los límites específicos que quepa exigir, adicionalmente, para proteger a los menores en este orden de ideas (2.3). Primero convencionalmente pero, por último, constitucionalmente, identificando el mandato de protección a la juventud y la infancia del art. 39.4 CE como la fuente de la que mana la restricción al control de la inmigración juvenil. El límite, en fin, a la expulsión de menores extranjeros (3).

II. LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN JUVENIL: ZONAS DE PENUMBRA DE LA REPATRIACIÓN Y OTROS DÉFICITS LEGALES

Sin el fenómeno de la inmigración juvenil no es posible comprender hoy en día la realidad de la inmigración en España. De hecho, el descenso de la inmigración debido a la crisis económica no parece haber tenido, hasta ahora, su correlativo en el fenómeno protagonizado por los más jóvenes¹. Esta creciente importancia adquirida en sus quince años de evolución se ha plasmado normativamente en las múltiples y más recientes reformas

¹ Los esfuerzos institucionales destinados a la lucha contra la inmigración irregular y, no nos engañemos, la destrucción del principal sino único 'efecto llamada', el mercado de trabajo irregular, han hecho descender en los últimos años la llegada de inmigrantes. Por lo que atañe a las pateras, llegan menos pero cada vez con más menores a bordo. *El País*, 2 de marzo de 2012: "Rescatan a los 42 menores (de los 49 ocupantes) de una patera cerca de la costa de Granada".

del Derecho de Extranjería.

La amplia atención que se presta a los jóvenes inmigrantes en la última reforma de la Ley de Extranjería (LE) es una manifestación del intenso debate parlamentario que suscitó². Un síntoma incontrovertible de su notable relevancia que se volvió a poner de manifiesto con ocasión de su desarrollo reglamentario (RE)³. En su día también fue foco de atención y controversia al abordarse, en la Unión Europea, la tramitación de la conocida como Directiva de retorno⁴.

Cuando a mediados de la década de los noventa irrumpió entre nosotros esta nueva inmigración, el ordenamiento jurídico respondió arbitrando un régimen jurídico de extranjería diferenciado, orientado a la finalidad de protección de sus protagonistas porque, como es sabido, son menores de edad. No es casual que aquél fuera también el periodo en que cobraba auge la implementación de todo un nuevo sistema de garantía de los derechos de los menores: la Ley de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) en desarrollo del mandato constitucional de protección a la infancia del artículo 39.4 CE⁵.

Entonces se prohibió expresamente la expulsión de los menores⁶. Se subrayó nítidamente en aquél momento dónde residía la principal diferencia respecto al régimen jurídico de los extranjeros adultos. Unos, eran expulsados como norma cuando se encontraban en situación irregular; otros, los menores, no podían ser expulsados nunca. Con la prohibición de alejar del territorio a los extranjeros que no habían alcanzado aún la mayoría de edad, a pesar de que, por definición, no cumplieran con

² Con el nombre Ley de Extranjería o su acrónimo (LE) nos referimos a la versión vigente de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada primero por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y después por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que convierte al art. 35 LE, reservado a los menores, en el más largo. Las Leyes Orgánicas 11/2003 y 14/2003 modificaron también diversos aspectos, pero no el que ahora nos ocupa.

³ El RD 557/2011, de 20 de abril, dedica una decena de artículos y todo un capítulo a los menores con una vocación omnicompreensiva, casi impropia de una Reglamento (Título XI Capítulo III, arts. 189 y ss.).

⁴ Su aplicación al retorno y expulsión de menores fue uno de los temas que más agriamente enfrentó al Parlamento –que quería oponerse– con la Comisión –que exigía cautelas– y con el Consejo –que abogaba por ello– de los de la polémica Directiva 2008/115/CE sobre el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

⁵ De modo que no puede ser una mera casualidad que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor fuera casi simultánea a la aprobación del Reglamento de Extranjería de 1996, en cuyo art. 13 se solidificó una regulación de la inmigración juvenil que, en buena medida, ha pervivido hasta nuestros días.

⁶ Nos referimos al art. 13 del antiguo RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

los requisitos legales de entrada y permanencia, los poderes públicos renunciaban a lo que se conoce como política de control en el ámbito de esta peculiar inmigración.

Tras desistir de controlar la inmigración juvenil, el ordenamiento jurídico estableció los mecanismos de integración de los menores a los que consideraba prohibido expulsar. A tal fin, dispuso un retorno del menor con el objetivo de reintegrarlo con su familia -que desde entonces se conoce como repatriación- y, además, a modo de cláusula de cierre, articuló su permanencia en España a través de la tutela de los servicios de protección de menores. Y ello sobre la base de que un menor que se hallara solo en España se encontraría en una situación de desamparo (art. 172. 1 CC) que, por lo demás, conserva toda su vigencia a día de hoy.

De hecho, la repatriación y la permanencia en España de los menores (*versus* la expulsión de los mayores) son los otros dos grandes pilares sobre los que ha pivotado desde entonces el tratamiento normativo de la inmigración de los más jóvenes.

A pesar de que en 2000 el fenómeno se había intensificado, se le brindó una atención particular con estas premisas. Primero lo hizo la Ley Orgánica 4/2000, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social, y después su precipitada reforma, tan solo unos meses después, por la Ley Orgánica 8/2000. Casi diez años después, la reforma efectuada por medio de la Ley Orgánica 2/2009, le dedica uno de sus artículos más extensos como inequívoco reflejo de los visos que ha adquirido hoy esta realidad migratoria.

En virtud, principalmente, del vigente artículo 35 LE, la regulación de la inmigración juvenil consolida el rango legal que adquiriera, por primera vez, con el nuevo milenio (antes sólo existía reglamento). Pero nada es perfecto, y lo que ganó la regulación en respeto a las reservas constitucionales de ley, lo perdió, al menos aparente (y parcialmente), en determinación protectora.

Desapareció de la Ley (esfumándose del resto de nuestro ordenamiento jurídico) cualquier mención expresa a la prohibición de expulsión de menores. Al vacío normativo que dejó la desaparición de lo que, hasta ese momento, había sido el tercer pilar básico sobre el que se habían sustentado todos los demás elementos que conferían singularidad al régimen jurídico de la inmigración juvenil, se ha respondido, por lo general, con argumentos de mera legalidad⁷.

Conforme a ellos, habría que entender que, en nuestro ordenamiento, la expulsión de menores estaría tácitamente prohibida porque, de acuerdo

⁷ El enfoque constitucional de la cuestión que aquí exponemos lo tratamos en profundidad en la monografía A. Ruiz Legazpi, *La expulsión de menores extranjeros: límites constitucionales*, CEPC, Madrid, 2011.

con la legislación de protección de menores, de plena aplicación a los extranjeros (art. 10.3 LPJM), se hallarían técnicamente en una situación de desamparo (art. 172.1 CC). Y por esta razón los poderes públicos tendrían *ex lege* (art. 172.1 CC) una obligación de tutela, de la que no podrían hacer dejación a través de recurso de expulsar a aquellos extranjeros a quienes tiene la obligación legal de proteger. Tal interpretación nacería de la llamada a la tutela de las administraciones públicas a la que alude la Ley de Extranjería (en el vigente art. 35. 7 LE) y que se ha visto reforzada, en la versión vigente, por la mención expresa a la sujeción de los jóvenes inmigrantes al régimen legal de la tutela previsto por el Código Civil (art. 35.11 LE). En esta misma línea cabe interpretar la referencia a la fórmula excepcional de la tutela ordinaria que, en determinados supuestos, también puede ser acordada judicialmente para los menores en desamparo (art. 239 CC)⁸.

La precariedad jurídica en que se encuentra un asunto tan esencial para los jóvenes extranjeros como la prohibición de su expulsión no es óbice para reconocer que el artículo 35 LE consagra un régimen especial en favor de sus destinatarios. Y ello porque el legislador no abandona los otros dos pilares tradicionales: repatriación y permanencia.

La repatriación prevista con carácter general para los menores no es un alejamiento sancionador sino una medida protectora que persigue la reagrupación del menor con su familia en origen. Y qué decir de la permanencia regularizada del menor bajo la tutela de las instituciones (art. 35.5LE). Su cariz protector se plasma, simbólicamente, con la inclusión expresa del principio del interés superior del menor que, hasta su última reforma, había estado ausente en la Ley de Extranjería. Además, no podemos olvidar que se permite la permanencia del menor tutelado por las instituciones públicas cuando la repatriación no es posible (o, añadimos, cuando no sea conveniente para el menor por contravenir su preferente superior interés).

Sin perjuicio de éste y otros avances en materia de derechos y garantías conseguidos con la última reforma legal (derecho a ser oído, capacidad procesal, intervención del Ministerio Fiscal, etc.), ésta presenta deficiencias en la regulación de la inmigración juvenil. En efecto, hay que señalar que, junto con la consabida desaparición de una prohibición de expulsión de los menores, hay otra serie de aspectos que, vistos en conjunto, llevan a sospechar sobre su auténtica finalidad protectora. Sobre todo si se ponen en conexión con ciertas prácticas administrativas. Cuestiones todas ellas que, en última instancia, pueden suscitar dudas sobre el verdadero alcance

⁸ A. de Palma, *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006, p. 199 o M^a.B. Fernández González, *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 115-118, entre otros muchos.

de la diferenciación de su tratamiento jurídico en relación con el de los adultos.

La regulación de la repatriación (y aún más su ejecución) es una zona de alto riesgo. Y es que no puede dejarse de anotar la impresión de que hay determinados aspectos que, tras analizarlos en detalle, inducen a desconfiar de las intenciones del legislador, toda vez que alberga una ligera tendencia a la asimilación entre el régimen jurídico de los adultos (expulsión) y el de los menores (repatriación).

Existe, en pocas palabras, un sutil paralelismo entre la expulsión y la repatriación, inducido, por ejemplo, por la legalización de una preferencia a favor de la repatriación. Esta opción denota una identificación del interés superior del menor con la vuelta a su país y a su entorno familiar que, si bien puede considerarse justificado jurídicamente (el art. 9 CDN y art. 11. 2 b) LPJM), no está exenta de problemas. La eficacia es uno de ellos. La realidad de los datos es elocuente porque la repatriación tiende a aplicarse efectivamente sólo en un porcentaje más bien residual de los casos (hay años en los que sólo un 1% de los jóvenes inmigrantes han sido repatriados⁹).

A la luz de este divorcio entre los hechos y el Derecho, la preferencia del legislador por la repatriación puede ser entendida como una oculta intención de fomentar la salida del país del menor sin tener en cuenta las implicaciones y dificultades inherentes a una medida que, conforme a su definición legal, persigue proteger al menor recolocándolo con su familia, sea de modo inmediato, sea de manera mediata, a través de su integración en el entorno social. Lo que supone una ampliación encubierta del ámbito objetivo de la repatriación porque, en definitiva, ya no sólo se repatría para reunir al menor con su familia sino que basta con entregarlo a un centro de protección de menores. La posibilidad de que la repatriación se efectúe para colocar al menor en los servicios de protección del país de origen supone un riesgo evidente de que la misma se aleje de la finalidad de reagrupación familiar porque, como a nadie se le escapa, difiere este objetivo en el tiempo. Tengamos presente que hay que ver en la repatriación una medida de protección que trata de hacer posible para cuando el menor es extranjero el principio de que lo que le conviene es crecer con sus familias (de nuevo, art. 9 CDN y 11.2 b LPJM).

No podemos olvidar tampoco las difíciles realidades sociales de los

⁹ La dificultad para obtener datos fiables sobre el número de repatriaciones de jóvenes inmigrantes, así como del número de menores extranjeros que se encuentran efectivamente en España es notable, y muy frecuentemente denunciada por la doctrina. Cuando se publican (normalmente con ocasión del control escrito al Gobierno –BOCG. Congreso de los Diputados–, que a su vez sólo puede suministrar los datos que le brindan las CCAA), no siempre incluidos en el Registro de Menores (BOCG), el contraste entre magnitudes arroja índices verdaderamente bajos de repatriaciones (1% y no llega a 2% el año en que más).

países de origen, ni prescindir de que la misma familia o el propio entorno, probablemente, participaron activamente en el proyecto migratorio del joven. El legislador es consciente y trata de paliarlas por vía de los acuerdos con los países de origen destinados a procurar una adecuada atención a los jóvenes cuando retornen (art. 35. 1 LE). Tanto que hasta se admite, en un hecho normativo sin precedentes, que las propias Comunidades Autónomas firmen acuerdos (internacionales) con los países de origen (art. 35. 2 LE)¹⁰.

Los convenios que España ha firmado con los principales países de origen de esta singular inmigración (Marruecos, Senegal y Rumanía) incluyendo cláusulas de financiación más o menos encubiertas caminan por la misma senda¹¹. Paralela al fenómeno de externalización de la política migratoria que se da con los adultos (financiación con fondos europeos de la construcción de centros de internamiento en origen) y que está empezando a aplicarse, aunque con distancias, para los menores, por la vía de la construcción de centros, esta vez de protección, en sus países de origen para suplir las carencias que presentan¹².

Además, tampoco puede pasar desapercibido que, tratándose de una medida protectora, la decisión sobre la repatriación del menor no se asigne al poder público a quien compete constitucionalmente la protección de menores, la Administración autonómica (art. 148.1.20ª CE), sino que, en su lugar, se atribuya a quien, como la Administración estatal, tiene encomendadas las funciones policiales de control de la inmigración (art. 149.1.2ª CE)¹³.

¹⁰ En una interpretación a mi juicio plenamente constitucional del alcance de la competencia que el art. 149.1.3ª confiere al Estado reservándole en exclusiva sólo el ejercicio del *ius contrahendi* del Estado, pero permitiendo un juego amplio de la proyección exterior de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus propias competencias, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional acuñada en las SSTC 137/1989 FJ 5 y 165/1994 FJ 5), consolidada en la STC 31/2010 FJ 126.

¹¹ Primero se firmó el Acuerdo entre Rumanía y España, hecho en Madrid el 15 de diciembre de 2005 (BOE nº 195, de 16 de agosto de 2005); al que siguió el Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España, hecho en Dakar el 5 de diciembre de 2006 (BOE nº 173, de 18 de julio de 2008). El tercer y último acuerdo, suscrito con el país del que proceden la mayoría de los jóvenes inmigrantes, Marruecos, se firmó en Rabat el 6 de marzo de 2007 (pendiente de publicación en el BOE a la espera, según parece, de que Marruecos cumpla con sus trámites).

¹² Desde el Estado, se impulsó la financiación de centros en Nador y Beni Mellal, y desde Comunidades Autónomas como Madrid, Cataluña o Canarias se patrocinaron los centros de Tánger y Marrakech Agadir y Sidi Ifni. Vid. al respecto E. Arce Jiménez, "Menores extranjeros no acompañados", *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, UPC, Madrid, 2007.

¹³ Sobre la distribución constitucional de las competencias sobre esta materia, J.Á. Montilla Martos y Mª del C. Vidal Fueyo, *Las competencias en Inmigración del Estado y de las*

Otro aspecto inquietante de la regulación de la inmigración que tiene que ver con la repatriación se refiere a la posibilidad de que el menor sea repatriado aún después de haberse acordado su permanencia en España (art. 35. 8 LE).

En resumen, puede decirse que, tanto de la Ley, como de su desarrollo reglamentario, como la implementación de ciertas políticas –con especial atención a la que fomenta la construcción de centros de protección de menores–, permiten atisbar ciertas zonas de penumbra en torno a la repatriación que hay que tener muy en cuenta si, como parece, debe seguir incluyéndose en la zona de certeza negativa de la expulsión.

La doctrina ha estudiado el régimen jurídico de la inmigración juvenil a raíz de las singularidades que conlleva la prohibición de expulsión de los menores inmigrantes, deducida tácitamente del régimen legal de protección de menores. Y, bajo su prisma, se han analizado pormenorizadamente no pocos aspectos problemáticos de la repatriación de los menores.

En estas líneas tratamos de resumir un análisis que eleve al plano de las posibilidades constitucionales la cuestión esencial: si es legítima la expulsión de menores. Si el control de la inmigración juvenil es legítimo o, por el contrario, se encuentra constitucionalmente prohibido y, en su caso, con qué alcance. Si, en otras palabras, sería constitucional una política de inmigración juvenil orientada a su control y no a su protección y, de ser así, si habría algún límite constitucional que se impusiera al legislador en el caso de que el extranjero sea menor, y del que carece si es adulto.

Y es que puede ser inevitable sospechar que, a falta de una prohibición legal expresa de expulsión de menores, los poderes públicos no van a resistir la tentación de introducir ciertas dosis de control de la inmigración juvenil a través de la institución de la repatriación. Pues, no nos engañemos, también presenta un cierto valor preventivo general de ulteriores inmigraciones irregulares de jóvenes.

La Directiva de retorno de los inmigrantes disparó todas las alarmas. Su aplicación a los menores de edad, esto es, la posibilidad de aplicar las medidas de retorno, de expulsar, a los menores y, en su caso, las garantías adicionales que habrían de exigirse, fue objeto de acalorado debate. En cierto modo, la Directiva da la impresión de querer dejar en manos de los Estados la posibilidad de que apliquen o no las medidas de retorno a los menores de edad; sin embargo, es importante retener que, en todo caso, exige que se respeten unas garantías mínimas adicionales respecto a los adultos que, a la postre, conforman un régimen diferenciado de cierto cariz protector. Además, los Estados siempre podrán mejorar dichas cautelas en virtud de la cláusula de la disposición más favorable (arts. 10, 17 y 38 y ss. Directiva). Una opción a la que se ha acogido el legislador español

en la última reforma legal con la que, entre otros aspectos, se procedía a trasponer éste y otros contenidos de la mencionada Directiva. En efecto, así debe entenderse la ausencia de cualquier mención a la expulsión de menores.

Europa situó, en fin, bajo los focos del debate político la esencia de un debate jurídico que, quizá por esa misma razón, se zanjó con una solución de compromiso en relación con la intensidad del control de la inmigración juvenil: sin llegar a prohibirse, se tolera sujetándolo a tan importantes límites que, en el fondo, parecen demostrar que se presume ilegítima.

Los límites a la expulsión de menores es, precisamente, la cuestión que nos debe preocupar. Si trascendemos un nivel de análisis meramente legal en el tratamiento de las cuestiones de actualidad de la inmigración juvenil, debemos acudir directamente a explorar los límites constitucionales al control de la inmigración juvenil para, por medio de éstos, delimitar el marco de posibilidades constitucionales en el que, en su caso, podría ser permitido cierto control de la inmigración juvenil.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES E INMIGRACIÓN JUVENIL

Todavía hoy, hablar de límites al poder es hablar de conquistas y libertades, pues los derechos fundamentales son, sobre todo, eso, límites al poder. Así que proponemos un estudio constitucional sobre los límites a la expulsión de menores en clave de estos derechos.

De entrada en nuestro ordenamiento constitucional, pero en un sistema multinivel de protección de los derechos fundamentales, nos detendremos después a analizar la conocida tendencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para imponer límites a la expulsión de extranjeros. Todo con la finalidad de proyectarla a eventuales limitaciones adicionales impuestas a los Estados si se trata de menores.

1 Teoría constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros: los menores

Si reparamos en las características de los protagonistas de la inmigración juvenil, la sola mención a los derechos fundamentales de tan singulares titulares debe ser examinada desde la siguiente premisa: los extranjeros menores carecen, como los adultos, del derecho a entrar en un país distinto del suyo. Así como también carecen de un derecho normativamente reconocido a no ser expulsados de un país del que no

son nacionales.

Ello igual que sucede con los mayores, pues, ningún derecho de tales características es reconocido a los menores, ni en nuestro ordenamiento interno, ni en el ordenamiento comunitario, ni en el conjunto del ordenamiento internacional conformado por los tratados ratificados por España, destacadamente la Convención de los Derechos del Niño¹⁴.

De vuelta a la Constitución, es sabido que el fenómeno de la inmigración era prácticamente desconocido en nuestro país en el momento constituyente y, como también es notorio, éste último es el motivo por la cual la Norma fundamental apenas se refiere a los extranjeros. Con mayor razón, entonces, no podemos pedir que la Constitución reparara en un fenómeno tan particular como el de la inmigración juvenil cuya irrupción, además, no sólo en España sino en otros países europeos, es muy posterior.

Con todo, en los treinta años de vigencia constitucional se ha fraguado una notable experiencia migratoria en la sociedad favoreciendo sin exigir la acomodación de la Constitución a la nueva realidad por medio de reformas. Con la excepción, claro está, de la primera reforma constitucional, acometida para hacer extensivo ex artículo 13.2 CE el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos comunitarios. La reforma, en fin, estaba vinculada no tanto a la inmigración económica que a nosotros nos ocupa, como al proceso de integración europea.

La acomodación a las normas constitucionales del entramado normativo y las prácticas administrativas con las que en estas décadas se ha tratado de ordenar la inmigración ha sido posible gracias a una intensa labor de interpretación del Tribunal Constitucional. Ésta se ancla, principalmente, en la única mención constitucional a los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros contenida en el artículo 13.1 CE¹⁵.

Tal jurisprudencia constitucional nos permite, a día de hoy, esbozar

¹⁴ Al contrario, hay que entender que la Convención de Derechos del Niño admite la expulsión, el control de la inmigración juvenil, al haberse tolerado sendas reservas, de Alemania (7 de septiembre de 1994) y Reino Unido (25 de junio de 1992), registradas con la única finalidad confesada de preservar la aplicación a los menores de las normas de extranjería. Vid. "Declaraciones y reservas". *United Nations Treaty Collection*. Públicas y publicadas en www.unhchr.ch (última fecha de consulta 11.07.2011). Bélgica emplea una fórmula parecida, como se ve en su Declaración interpretativa, de 26 de septiembre de 1996, también en www.unhchr.ch (consultada por última vez en la misma fecha). N. Fernández Sola, *La protección internacional de los derechos del niño*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pp. 34-38 cree que las reservas formuladas son contrarias al objeto y propósito de la CDN.

¹⁵ E. Aja, "Veinte años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes", *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*. Vol. I, CEPC et al, Madrid, 2002, y M^a del C. Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería*, CEPC, Madrid, 2002 son dos trabajos imprescindibles para comprender el estatuto constitucional de los extranjeros en nuestro país.

una teoría de los derechos fundamentales de los extranjeros como marco teórico en el que encuadrar cualquier estudio que verse sobre los derechos como límites a las políticas de control migratorio.

Tratándose de inmigrantes menores, se impone reconocer antes de nada que, en el terreno de los derechos fundamentales, el único factor diferencial en el régimen de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros menores en relación con el que pueda corresponder a los adultos está vinculado a lo que se ha denominado su “madurez suficiente”¹⁶. Expresada en los términos constitucionales empleados en el artículo 39 de la Constitución, tal exigencia de discernimiento se asocia a sus necesidades especiales de protección. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (recientemente, en concreto para los menores extranjeros, STC 183/2008 FJ3).

Situándonos en la realidad del fenómeno de la inmigración juvenil puede constatar que el perfil de los jóvenes extranjeros les sitúa, como media, en torno a una edad (14 a 18) en los que es fácilmente presumible dicha madurez de juicio. De modo que, con independencia de las matizaciones ulteriores que siempre pueden realizarse conviene partir, como premisa, de un marco general de derechos fundamentales de los extranjeros.

Precisamente, en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales de los extranjeros, la jurisprudencia constitucional de los últimos veinte años permite esbozar la teoría dogmática que defendemos. Siempre, eso sí, que la jurisprudencia sea analizada materialmente, pues sólo con esta perspectiva es posible trascender la reiteración formal de una iniciática (y anacrónica) teoría tripartita de los derechos¹⁷.

No se entiende la insistencia del Tribunal Constitucional por aferrarse a ella en los últimos pronunciamientos relevantes (STC 236/2007 y conexas) pero lo que nos importa destacar es que, de acuerdo con la posición más fuerte en la doctrina, los extranjeros son titulares de todos los derechos fundamentales que la Constitución enumera en su Título I, con la única excepción de los expresamente prohibidos (el derecho de sufragio activo y pasivo, con las excepciones del propio art. 13.2 CE). Respecto a los cuales, no obstante, el legislador tiene distintos ámbitos de disposición, que se determinan conforme a las reglas constitucionales generales de limitación de derechos, a saber, principio de proporcionalidad y contenido esencial.

En relación con estos derechos proclamados en su Título I, y de acuerdo con diversos pronunciamientos del Alto Tribunal, la Constitución les reconoce un contenido mínimo por cada uno de ellos. Como tal, este

¹⁶ B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

¹⁷ E. Roig Molés, “Los derechos de los extranjeros: titularidad y limitación”, en *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España, II Jornadas italo-españolas de Justicia constitucional*, M. Revenga Sánchez (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

contenido mínimo de cada uno de los derechos reservado a todos los extranjeros se impone al legislador, quien, a su vez, gozará de libertad de configuración en el espacio constitucional del derecho que no pueda calificarse como mínimo. Justamente, los contornos de este espacio de disposición vendrán determinados por la técnica constitucional más consolidada entre nosotros de delimitación de los derechos: el principio de proporcionalidad¹⁸.

2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre los derechos de los extranjeros: especial referencia al derecho a su vida familiar como límite a la expulsión

El principio de proporcionalidad no se halla, como es sabido, expresamente constitucionalizado, pero a través de la cláusula del Estado de Derecho, entronca directamente con la técnica empleada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para extender a los extranjeros los derechos proclamados en el Convenio Europeo. La jurisprudencia europea, a su vez, se ha caracterizado por un progresivo reconocimiento de los derechos convencionales. Sin ella, no es posible entender la posición constitucional de los extranjeros en ningún país de nuestro entorno más cercano.

En efecto, al igual que sucede con la Constitución española, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se caracteriza por contener muchas referencias a los extranjeros aunque sí viene indirectamente a legitimar su expulsión cuando la reconoce como presupuesto válido de una eventual privación de libertad (art. 5 CEDH).

En el entorno del Convenio Europeo de Derechos del Hombre y del Ciudadano se ha profundizado en el tratamiento normativo de los derechos de los extranjeros con la intención de ir ensanchando los límites a la expulsión (a través de los Protocolos Adicionales n° 4, de 16 de septiembre de 1963, y n° 7, de 22 de noviembre de 1984). Pero ello no

¹⁸ En opinión de la mejor literatura M. Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1996 p. 171; L. Martín-Retortillo y I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 132; M. González Beilfuss, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003 ó, discrepando, J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 42. L. Pómed Sánchez, "Algunas consideraciones sobre la situación actual del Derecho de inmigración en España", *Extranjería e Inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2004, p. 91 acuña el concepto básico del contenido mínimo de 'geometría variable', porque en efecto el margen disponible para el legislador varía para los extranjeros al dar cabida a la finalidad legítima del control migratorio, ausente por definición en la intervención legislativa que afecta a los españoles.

ha sido suficiente, porque lo cierto es que ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien, a raíz del principio de universalidad reconocido en el artículo 1 CEDH, ha ido elaborando una doctrina sobre los derechos de los extranjeros y, específicamente, sobre los derechos de los extranjeros como límites a su expulsión que se imponía conocer.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no vio obstáculos en el hecho de que el Convenio no reconociera expresamente límites concretos al control de la inmigración pues, a su juicio, era posible derivarlos de ciertos derechos convencionales de los que son también titulares los extranjeros. Así, no le cupo duda de que había que considerar prohibidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos todas aquellas expulsiones que, al ejecutarse, comportaran la vulneración de un derecho protegido¹⁹.

Pronto pudo constatar que, entre los derechos protegidos que más se ponían en peligro, destacaban el derecho a no “*ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*” declarado en el artículo 3 CEDH, así como el derecho de toda persona al “*respeto de su vida privada y familiar*” reconocido en su artículo 8 CEDH. Derechos en torno a los cuales el Tribunal Europeo elaboró la que se ha bautizado como “*protección derivada o indirecta*” de los extranjeros frente a toda expulsión que pueda comportar su vulneración.

El alcance que se confiere a la protección indirecta derivada de sendos derechos no es, lógicamente, idéntico. En el caso del derecho a “*no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”, nos encontramos ante un derecho de carácter absoluto, del que, en lógica consecuencia, puede deducirse una protección también absoluta frente a la potestad estatal de controlar la inmigración (por todas, *STEDH Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989).

Mientras, la protección que se deduce del derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 CEDH, lejos de ser absoluta, se encuentra sujeta a ciertos límites y ponderaciones que condicionan el derecho mismo. Estos límites, es importante subrayarlo, se miden en términos de proporcionalidad (desde la pionera *STEDH Berrehab c. Holanda*, de 21 de junio de 1988)²⁰.

De suerte que, para valorar el alcance de la protección relativa frente a las expulsiones que indirectamente confiere el artículo 8 CEDH, se tiene

¹⁹ D. Boza Martínez, *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2007, y A.G. Chueca Sancho, *La expulsión de extranjeros en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 1998.

²⁰ P. Santolaya Machetti, “Derecho a la vida privada y familiar: un contenido claramente ampliado del derecho a la intimidad (Art. 8 CEDH)”, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, García Roca, J. y Santolaya Machetti, P. (Coords.), CEPC, Madrid, 2005, (así como la 2ª. Ed., CEPC, Madrid, 2009).

en cuenta la legalidad y legitimidad de la expulsión, en un panorama de amplia justificación de las políticas de control migratorio, siempre que sean “necesarias en una sociedad democrática”, esto es, proporcionadas al fin legítimo que persigan²¹.

3. Su proyección a la expulsión de los jóvenes inmigrantes

En relación con los menores lo primero que llama la atención es que los menores extranjeros no cuentan, en apariencia, con una protección derivada especial frente a las expulsiones. Así se demuestra cuando, por vez primera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubo de examinar la expulsión impuesta a un menor de edad y recondujo su decisión a la técnica de la protección derivada, sobre todo, del derecho a la vida familiar (*STEDH Jakupovic c. Austria*, de 6 de febrero de 2003). En este supuesto, enjuició el caso conforme a los mismos parámetros o criterios formales que venía aplicando a la protección que concede a los adultos. Se decidió con base en la proporcionalidad.

Sin embargo, un estudio más minucioso de la protección frente a las expulsiones derivada del derecho a la vida familiar de los extranjeros del artículo 8 CEDH permite llegar a una conclusión diversa. Así, la minoría de edad desempeña una función determinante en la ponderación inherente al juicio de proporcionalidad. Esto es, si se desbrozan los argumentos de sus múltiples sentencias en este ámbito se comprueba que la minoría de edad sirve como eventual factor de reconocimiento de una ampliada y especial proyección para los extranjeros que aún no son adultos, en el

²¹ Sin ánimo de agotar el elenco, son expresivas de esta línea jurisprudencial las siguientes sentencias. De los años ochenta, *STEDH Berrehab c. Holanda*, de 21 de junio de 1988 y de década de los noventa: la *STEDH Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991; *STEDH Beldjoudi c. Francia*, de 26 de marzo de 1992; *STEDH Ahmut c. Países Bajos* y *STEDH Nsona c. Países Bajos*, ambas de 8 de noviembre de 1996; *STEDH Bouchelkia c. Francia*, de 29 de enero de 1997; *STEDH Mehemi c. Francia* y *STEDH Boujaïdi c. Francia*, ambas de 26 de septiembre de 1997; así como las *STEDH Nasri c. Francia*, de 13 de julio de 1998 y *STEDH Dalia c. Francia*, de 19 de febrero de 1998. A partir del año 2000: *STEDH Ciliz c. Países Bajos*, de 11 de julio de 2000; *SETDH Boulif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001; *STEDH Sen c. Países Bajos*, de 21 de diciembre de 2001; *STEDH Amrollahi c. Dinamarca*, de 11 de julio de 2002; *STEDH Slivenko c. Letonia*, de 9 de octubre de 2003 ó las *STEDH Sisojeva y otros c. Letonia*, de 16 de junio de 2005 y *STEDH Keles c. Alemania*, de 27 de octubre de 2005. Son más recientes: *STEDH Musa y otros c. Bulgaria*, de 11 de enero de 2007; *STEDH Emre c. Suiza*, de 22 de mayo de 2008 y *STEDH N.U c. Rumania*, de 27 de mayo de 2008; *STEDH Maslov c. Austria*, de 23 de junio de 2008; *STEDH Onur c. Reino Unido*, de 17 de febrero de 2009 y *STEDH Omojudi c. Reino Unido*, de 24 de noviembre de 2009. Más recientes: *STEDH Khan c. Reino Unido*, de 21 de enero de 2010; la *STEDH Zakavej y Safanova c. Rusia*, de 11 de febrero de 2010; la *STEDH Mutlag c. Alemania*, de 25 de marzo de 2010 y *STEDH Abou Aber c. Rumanía*, de 24 de mayo de 2011.

marco, claro está, de la protección que les confiere su derecho a la vida familiar. Existe, por tanto, un límite específico a la expulsión de menores, al control de la inmigración juvenil, derivado del derecho a la vida familiar de los menores extranjeros.

Es muy significativa la importancia que, poniéndola por escrito, concede el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la presencia de un hijo menor en el seno de la familia de un extranjero a la hora de determinar el alcance que, frente a su expulsión, le confiere el derecho a vivir con él de acuerdo con el art. 8 CEDH (*STEDH Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2001).

La jurisprudencia europea, elaborada desde la *STEDH Berrehab c. Holanda*, de 21 de junio de 1988 hasta las más actuales, como la *STEDH Musa c. Bulgaria*, de 11 de enero de 2007, presume prohibida la expulsión de los extranjeros con hijos menores en el país del que pretenden ser expulsados, a menos que sea posible para el progenitor empezar una nueva vida con su familia en otro país. Se trata, con todo, de una presunción que admite prueba en contrario. Precisamente, entre los factores que, constatamos, influyen a la hora de apreciar la posible inversión de la presunción, destacan varios aspectos en los que, de algún modo, vuelve a ponerse de manifiesto la importancia de la minoría de edad de algún miembro de la familia. Así, se tienen en cuenta ciertas vicisitudes, tales como la presencia de hijos de anteriores relaciones en el país al que se vuelve, o las posibilidades que ofrece el país de destino de cara a su necesaria escolarización.

En la misma onda es también un buen indicio que el Tribunal Europeo otorgue un peso esencial al hecho de que el extranjero expulsado fuera menor de edad cuando cometió los delitos por los que se le pretendía expulsar cuando ya era adulto. Tal como avala, entre otras, la reciente *STEDH Maslov c. Austria*, de 23 de junio de 2008, lo cierto es que, para Estrasburgo, cuando más joven es el extranjero en el momento de cometer los delitos, más clara ha sido la tendencia a considerar desproporcionada su expulsión para defender el orden público y prevenir el delito.

Estos supuestos en los que la minoría de edad del hijo o la edad en que se cometieron delitos, son determinantes para impedir la expulsión de un adulto. Son indicios. Con ellos como antecedentes no extraña descubrir que, a la hora de enjuiciar la expulsión de un extranjero menor de edad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exija que se aportaran “aportarse razones *muy poderosas* para justificar la expulsión de un joven de 16 años” (*STEDH Jakupovic c. Austria*).

Con ello, se configura una suerte de reforzada presunción *iuris tantum* de prohibición de la expulsión de los menores que sólo puede ser desvirtuada en caso de que concurran determinadas razones poderosas. Estas razones de peso suelen ser equiparadas sistemáticamente a las más graves de orden público, de modo que no basta con la comisión de un

delito, y ni siquiera con la reincidencia, sino que ha de estar en peligro concreto la seguridad nacional (*STEDH Radovanovic c. Austria*, de 22 de abril de 2004).

De modo que, a diferencia de los que ocurre con la expulsión de los adultos, normalmente amparada en las genéricas razones de defensa del “bienestar económico”, la de los menores queda limitada, en la práctica, a las hipótesis más graves en las que haya que defender el orden público o la seguridad nacional. Dicho de otro modo, la expulsión se admite sólo como instrumento excepcional de la política criminal y de seguridad nacional pero no por razones policiales vinculadas al control de flujos. Se veta el control de la inmigración de los menores.

Esta restricción impuesta específicamente a la expulsión de los extranjeros que son menores de edad se construye originariamente en torno al derecho a la vida familiar que les reconoce el artículo 8 CEDH, pero su alcance se proyecta más allá. Se proyecta sobre todos los demás derechos en virtud de la teoría de los límites²². Si no se admite la expulsión de los menores bajo el paraguas de un derecho especialmente permeable a limitaciones por razones migratorias (en esta clave incluye como causa el “bienestar económico” que no admite en ningún otro) no es razonable pensar que pueden admitirse en el ámbito de otros derechos menos proclives a restricciones basadas en el control de flujos migratorios. Se conforma una limitación convencional general que se impone a cualquier pretensión de control de la migración juvenil por razones económicas. El control de los flujos migratorios de los menores no tiene cabida en el Convenio²³.

En definitiva, la expulsión de los menores solo puede obedecer a excepcionales necesidades de orden público o seguridad nacional, vinculadas a su vez a la política criminal y de seguridad más que a la intrínsecamente migratoria de raíz económica. Se trata, en pocas palabras, de un límite a la expulsión de menores que impide concebirla como mero instrumento al servicio de las políticas migratorias de control.

La *STEDH Maslov c. Austria* así lo avala cuando incluyó por primera vez

²² D. Moya Malapeira, *Las medidas de alejamiento de los extranjeros en el sistema de control migratorio español*, Barcelona, 2004 (pendiente de publicación).

²³ Uno de los problemas de esta técnica pretoriana es el casuismo que le es inherente. En él hay cabida, también, para lo que se llaman sentencias díscolas, que se apartan descaradamente de la línea jurisprudencial preponderante. En la *STEDH Nsona c. Países Bajos*, de 28 de diciembre de 1996, Estrasburgo admitió el alejamiento del territorio holandés de una niña de nueve años, una vez que en el aeropuerto de entrada al país le había sido denegada la entrada, porque, al fin y al cabo, nada le había sucedido. Se trata, con todo, de un supuesto muy especial, pues no es puramente una expulsión, sino un alejamiento tras una entrada denegada en frontera, y así lo demuestra el hecho de que no haya sentado precedente alguno.

en la aplicación del test de proporcionalidad una mención al principio del interés superior del menor que inclina claramente la balanza en contra de su expulsión. Este importante principio es ajeno al Convenio de Roma, pero está recogido con carácter general en la Convención de Derechos del Niño y, a raíz de esta decisión, el Tribunal de Estrasburgo identifica convencionalmente el interés superior del menor con la presunción de que su expulsión está prohibida. Con ello cumple la doble función de, por un lado, prohibir las expulsiones que son mero instrumento al servicio de control migratorio y, de otro, admitir sólo las relacionadas con la política criminal del orden público y la seguridad nacional.

Hay que destacar por último la incorporación de este límite a la política comunitaria de inmigración. El control de la inmigración es cada vez con más rotundidad un poder de la Unión Europea y no tendría sentido hablar de un auténtico límite a la expulsión si no es eficaz ante esta instancia. Precisamente, las restricciones convencionales impuestas al caso de los menores se importan al Derecho comunitario con el Tratado de Lisboa por una doble vía.

De entrada, con la esperada juridificación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 6.1 TUE Lisboa), que al reconocer el derecho a la vida familiar le otorga el mismo sentido y alcance que a su homólogo convencional (arts. 7 y 52.3 CEDF)²⁴. Toda vez que la interpretación con un alcance más general de la restricción a la expulsión de menores por razones migratorias, construida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir del art. 8 CEDH, pero elevada a categoría general por la teoría de los límites, recibe un buen respaldo ahora al haber desaparecido como límite específico el bienestar económico que, en clave migratoria, contempla el Convenio. No olvidemos que el art. 6.3 del Tratado de Lisboa asegura que los derechos fundamentales proclamados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos formen parte del Derecho de la Unión como principio general, al lado de las tradiciones constitucionales comunes.

Y, por otro lado, con el mandato de adhesión en bloque de la Unión Europea misma al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.2 TUE Lisboa y Protocolo 18) porque, cuando se culmine el proceso, el veto convencional a la expulsión de los menores será una realidad impuesta directamente a los poderes comunitarios vinculados definitivamente por el Convenio mismo.

²⁴ Antes de que la Carta de Derechos Fundamentales cobrara fuerza jurídica, el Tribunal de Luxemburgo ya aplicaba el listón de la vida familiar del art. 7 CDF interpretada con el sentido u alcance propios del art. 8 CEDH. Quizá el resultado pueda sorprender, pero la *STJUE Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea* C540-03, de 27 de junio de 2006, destaca por haber avalado conforme a tal parámetro las limitaciones a la reagrupación familiar de los hijos mayores de 12 años por razones lingüísticas que había recogido el art. 4.1 de la Directiva 2003/86 de reagrupación familiar a instancia de Alemania.

IV. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS MENORES: EL MANDATO DE PROTECCIÓN DEL ART. 39.4 CE

Con ser la política migratoria cada vez más un poder de la Unión Europea, lo cierto es que carecemos a día de hoy de una auténtica política común de inmigración juvenil a la que poder poner coto, de ahí que primemos la perspectiva constitucional tradicional.

De ahí que para calibrar el impacto de la restricción convencional a la expulsión de menores haya que identificar la norma constitucional en torno a la cual se puedan asentar en nuestro ordenamiento.

La opinión del Tribunal Constitucional sobre cuestiones conexas resulta decisiva. Ha privado, en efecto, de cualquier dimensión *iustfundamental* a una faceta del derecho a la vida familiar tan vinculada a la extranjería como la reagrupación familiar. En concreto, y en sintonía con la mayoría de la doctrina, el Alto Tribunal ha negado que la reagrupación familiar de los extranjeros forme parte del contenido mínimo constitucional del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE (STC 236/2007, FJ 11). De modo que se opta por situar constitucionalmente la dimensión de los límites al control de control de la inmigración derivadas del derecho a la vida familiar en la órbita del mandato de protección del artículo 39 CE.

La tutela constitucional de la familia consagrada en el artículo 39 de la CE se concentra de modo destacado en el primero de sus apartados. Mostrándose, en sintonía con nuestra doctrina y con la jurisprudencia, como la norma idónea para acoger la protección frente a las expulsiones que pueda indirectamente derivarse del derecho a su vida familiar en los términos en los que se ha interpretado el artículo 8 CEDH²⁵.

No es casual, en nuestra opinión, que tal precepto se cierre, precisamente, con un apartado dedicado específicamente a la protección de la juventud y de la infancia. Con su proclama textual “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, el artículo 39.4 CE parece ser la norma adecuada en la que recibir la restricción a la expulsión de extranjeros como mero instrumento de control migratorio. Un límite a su expulsión que constituye una concreción convencional del principio del superior interés del menor.

Cualquier aproximación a tal mandato de protección permite constatar, en clave constitucional, dos circunstancias. De un lado, nos encontramos

²⁵ En contra, C. Elías Méndez, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 106.

ante una norma de reenvío a lo internacional y, de otro lado, estamos ante la presencia de una norma que entronca con la regulación de los conocidos principios rectores de la política social y económica.

El art. 39.4 CE como norma de reenvío al *standard* internacional de protección de los menores requiere un constante estudio comparativo con otros preceptos constitucionales cardinales, caracterizados también por contener normas que se refieren o remiten a lo que dispongan tratados internacionales, y que cuentan con un mayor cuerpo doctrinal de análisis²⁶.

El contraste con el mandato de interpretación internacional conforme de los derechos fundamentales que recoge el art. 10.2 CE permite afirmar que el art. 39.4 CE permite incorporar al ordenamiento jurídico algo más que la regulación positiva de los tratados internacionales sobre menores ratificados por España. En este sentido, es esencial su capacidad para atraer al ordenamiento constitucional la jurisprudencia dimanante de la interpretación ofrecida por sus órganos de garantía. Como sin duda es la limitación a la expulsión de menores, que prohíbe concebirla como instrumento de control migratorio, construida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La incorporación o integración en el ordenamiento jurídico se realiza, además, a nivel constitucional. Y ello porque el artículo 39.4 CE inviste de una cierta dimensión o relevancia constitucional a la protección internacional con la que cuentan los menores, incluida la interdicción de su expulsión como instrumento de control.

Cuando destacamos esta relevancia constitucional hay que tener siempre presente que es un efecto privativo del artículo 39.4 CE. Lo que significa que se trata de una intensidad de la que ningún otro precepto constitucional, como es básicamente el art. 10.2 CE, está en condiciones de dotarle²⁷. Lo que no puede significar en modo alguno que se le atribuya automáticamente un rango constitucional, pues ello quebrantaría lo dispuesto en el artículo 95 CE, cuando excluye tal posibilidad al conceder a los tratados internacionales un rango infraconstitucional.

Sin ser, pues, formalmente Constitución, desde la perspectiva no tanto de la fuerza pasiva como de los efectos activos que despliega, la relevancia constitucional se concreta en que el artículo 39.4 CE propicia que el contenido de los tratados a los que alude se inserte directamente en tal norma constitucional. Esto es, pasa a integrar el contenido constitucional de los principios de protección de la juventud y la infancia. Y ello sin la

²⁶ A. Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999 es imprescindible.

²⁷ A pesar de las dificultades que él mismo relata para entender incluidos ex art. 10.2 CE los reenvíos internacionales a los principios rectores de la política social y económica, *Ibidem* p. 78 no opina así.

fuerza pasiva de la Constitución, por lo que esta integración en el mandato constitucional de protección se mantiene viva siempre que, a su vez, tal tratado o interpretación jurisprudencial perviva como componente del *standard* internacional.

Digamos que la expulsión de los menores está prohibida siempre que en Estrasburgo se siga considerando vetada. Y por más que la línea jurisprudencial se haya ido consolidando con los años, hemos de consignar el riesgo de las sentencias díscolas que caracteriza a los métodos pretorianos, señalando, en fin, la facilidad de mutación jurisprudencial frente a las dificultades de transformación que caracterizarían a una prohibición escrita en la letra del Convenio.

La constitucionalización de un límite a la expulsión de menores ex artículo 39.4 CE como concreción del principio de superior interés del menor lo convierte, en efecto, en un principio rector de la política social y económica.

Sin tener que adentrarnos en un análisis doctrina sobre la eficacia de los principios rectores recogidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, podemos concluir que el límite a la expulsión de los menores despliega los efectos propios a estas previsiones constitucionales. Así, tal como ordena el artículo 53.3 CE, la interdicción de la expulsión de menores como mecanismo de control migratorio debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Tal eficacia normativa está desprovista, como es evidente, de carácter *iusfundamental*. Conforme a lo dispuesto en los artículos 53.1 y 2 CE sólo cabe concluir, pues, que los menores extranjeros carecen ex artículo 39.4 CE de un derecho fundamental a no ser expulsados. La Constitución no les confiere, así, una facultad de características tales que puedan exigir ante los tribunales sin necesidad de esperar a ningún desarrollo del legislador.

Precisamente, la eficacia normativa predicable del límite a la expulsión de menores significa que, en su desarrollo, el legislador tiene restringidas sus facultades de configuración, pues tiene prohibido regularla como instrumento de control de la inmigración y, en su caso, tras la oportuna ponderación, sólo puede admitirla en supuestos excepcionales justificados por razones de orden público o seguridad nacional. De suerte que dicha eficacia normativa desplegaría toda su fuerza de obligar, sobre todo, en un hipotético juicio de constitucionalidad de las leyes que tengan por objeto la regulación de la inmigración juvenil.

En relación con su eventual rol en el juicio de constitucionalidad y por analogía con el papel constitucional asignado a los tratados por otros preceptos como el artículo 10.2 CE, también es posible defender la posición constitucional del límite a la expulsión de menores desde la idea de la función. Así podría servir como parámetro de constitucionalidad de las normas de rango inferior cuya adecuación a la Constitución sea objeto

de enjuiciamiento.

La función como parámetro de constitucionalidad se confunde y es difícil de diferenciar en la práctica de la función que puede desempeñar el límite a la expulsión de menores como parte del contenido del propio artículo 39.4 CE. Y todo ello a causa de la propia fisonomía de un mandato de protección, como el residenciado en el artículo 39.4 CE, que se sostiene sobre una remisión en blanco al *standard* internacional.

Desde cualquiera de estas perspectivas normativas, la relevancia constitucional del límite a la expulsión de menores permite concluir, en fin, que el legislador cuenta con un mandato y un deber²⁸ de regular la inmigración juvenil respetando la prohibición de usar la expulsión como un instrumento al servicio de los poderes públicos para controlarla.

No en vano, el mandato constitucional de protección a la infancia se ha identificado, cuando los menores son extranjeros, con la prohibición de su expulsión, salvo en los casos excepcionales en los que se determine que han de prevalecer los intereses constitucionales en que se concretan el orden público y la seguridad nacional. La libertad del legislador se agota en el rechazo, aceptación y, en su caso, precisión, de tales causas excepcionales como legitimadoras de la imposición de una medida de expulsión que, con carácter general, se prohíbe (siempre que Estrasburgo mantenga el veto) por efecto directo de la Constitución normativa.

TITLE

PROTECTION OF FOREIGN CHILDREN: THE CONSTITUTIONAL VETO TO THEIR DEPORTATION

SUMMARY

I. INTRODUCTION.- II. IMMIGRATION REGULATION OF YOUTH: TWILIGHT ZONE AND OTHER LEGAL DEFICITS.- III. YOUTH FUNDAMENTAL RIGHTS AND IMMIGRATION: 1. Constitutional theory of the fundamental rights of foreigners: the children. 2. The European Court on the rights of foreigners: special reference to the right to family life and the expulsion limit. 3. Its projection (reinforced) to the expulsion of young immigrants.- IV. CONSTITUTIONAL RECEIPT OF PROHIBITION OF REMOVAL OF FOREIGN CHILDREN: THE MANDATE OF PROTECTION OF ART. 39.4.

²⁸ Sobre los mandatos de optimización véase la caracterización de R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, C. Bernal Pulido, (Trad.), 2ª Ed., Madrid, 2007. En "Sobre los derechos constitucionales a protección", *Derechos sociales y ponderación*, Alexy et al, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2007 aborda específicamente estas cuestiones.

KEY WORDS

European convention on Humans Rights; Fundamental rights; Aliens; Children; Deportation.

ABSTRACT

The constitutional veto to deportation of foreign minors imposes democratic legislator on the paradigm of their protection in Spain. This derives, in fact, the iron restrictions on immigration control youth under the fundamental rights and constitutional mandates. In particular, the mandate to protect minors, crystallized in the art. 39.4 EC by means of a reference to international treaties. His appeal to the Strasbourg Court's case attracts the constitutional level the specific protection that the European Convention gives children against their eventual expulsion.

Fecha de recepción: 22/03/2013

Fecha de aceptación: 05/04/2013