



**UNIVERSIDAD
DE
MÁLAGA**

TESIS DOCTORAL

**MENOR Y EXTRANJERO:
DOS LÓGICAS ENFRENTADAS**

Autora

ELENA ARCE JIMÉNEZ

Directores

**PROFESOR DR. FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTÍN
PROFESORA DRA. ELISA GARCÍA ESPAÑA**

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
2015**

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha presentado la situación de los menores extranjeros en España a través del enfrentamiento entre dos lógicas, el control de los flujos migratorios por una parte, y las normas de protección de menores, por otra.

La lógica del control de los flujos migratorios se basa en una identificación del contenido de la regulación de la entrada y permanencia de los extranjeros en España con la necesidad de mano de obra extranjera en un momento concreto. La entrada y residencia de los familiares del trabajador extranjero se hace depender de su condición de trabajador y del cumplimiento de estrictos requisitos.

En este contexto, la regulación de las condiciones de entrada y residencia de menores extranjeros se vincula, en primer lugar, a la situación del adulto responsable que lo trajo a España o, para los nacidos en nuestro país, a la situación de regularidad documental de sus progenitores o tutores legales. Tan solo en uno de los supuestos estudiados, la regulación de las condiciones de residencia de los menores extranjeros no acompañados, se hace depender de su propia situación como menor tutelado por una Administración pública, considerándose su residencia legal a todos los efectos desde el momento en el que es puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

Por su parte, la lógica del sistema de protección de menores nace de las obligaciones suscritas por el Estado tras la ratificación de la CDN y se basa en cuatro principios: derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, el derecho a ser escuchado y la consideración primordial del interés superior del niño. Los menores extranjeros se encuentran con frecuencia atrapados entre esas dos lógicas. Lo que supone en la práctica que acabe

primando su condición de extranjero, o la situación de irregularidad documental de sus progenitores, por encima de su condición de menores.

I

Desde el contexto anteriormente descrito y tras analizar la regulación de los derechos de los menores extranjeros en España se llega a la conclusión de que el Estado escenifica a la perfección la utilización del discurso internacional de los derechos humanos para su autolegitimación ante la comunidad internacional. Así, se proclama la no discriminación en función de la nacionalidad de los menores que se encuentran en nuestro territorio y, al mismo tiempo, se establecen procedimientos administrativos que dificultan, hasta dejar sin efecto práctico, la anterior proclamación.

II

Es así como la regulación de los procedimientos de determinación de la edad se ha convertido en un elemento más de control de los flujos migratorios, teniendo como eje central la conveniencia de la política exterior, económica o de seguridad ciudadana.

La ausencia de intervención judicial y, en la práctica, de control jurisdiccional en los procedimientos de determinación de la edad marca el inicio de un camino de “extranjerización” de los derechos de los menores extranjeros que ha ido devaluando progresivamente su condición de menor frente a la de extranjero.

El papel que la Fiscalía se ha otorgado a sí misma en el procedimiento de determinación de la edad ha pretendido sustituir la desjudicialización anteriormente descrita. Sin embargo, la ausencia de procedimiento y la falta de control jurisdiccional de una decisión que modifica el estado civil de una

persona ha convertido la cuestión de la determinación de la edad en el verdadero muro de contención que impide que los menores de edad extranjeros accedan al sistema de protección de menores y a los derechos previstos para ellos en la legislación de extranjería.

La situación creada por el procedimiento de determinación de la edad que se sigue en la práctica afecta de manera especialmente grave a los menores más vulnerables, como son los que tienen necesidades de protección internacional o aquellos que son víctimas de trata. La inexistencia de un procedimiento que tome en consideración las especiales características de estos menores, junto a la ausencia de un enfoque de género, dificulta la detección temprana de estas situaciones por parte de las autoridades y facilita que estos menores caigan en redes de explotación o alcancen la mayoría de edad sin haber sido objeto de la protección a la que tienen derecho.

III

Se intenta justificar la presencia de los menores extranjeros no acompañados en España con base en su condición de inmigrantes. La supuesta libre decisión de estos de iniciar un proyecto migratorio independiente ha ido haciendo desaparecer de la legislación de extranjería toda mención a categorías jurídicas propias del sistema de protección de menores, tales como la mención a la situación de desamparo en la que de hecho se encuentran.

La LOEXIS considera legal a todos los efectos la residencia en España del menor extranjero no acompañado tutelado. La sostenida práctica administrativa contraria a la anterior previsión legal ocasiona perjuicios irreparables a los menores que en muchos casos alcanzan la mayoría de edad en situación documental irregular.

La última reforma de la LOPJM consagra por primera vez la discriminación en la práctica de los menores extranjeros sometidos a medidas de protección. Establece nuevas causas de cese de tutela como consecuencia del abandono del centro de acogida y, en abierta contradicción con la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo, otorga al Ministerio Fiscal la potestad de modificar el estado civil de una persona, al establecer que será él quien deba realizar un juicio de proporcionalidad decidiendo sobre la credibilidad de la documentación extranjera que acredita la minoría de edad de una persona, sin intervención judicial.

IV

El legislador español ha optado por un sistema de protección de menores que otorga un poder omnímodo a la Administración, con un control judicial limitado y que depende siempre de la petición de parte. Los menores extranjeros sujetos al sistema de protección de menores español son más vulnerables a la carencia de garantías de las que, de manera sistémica, adolece el sistema. Esto se produce por el desconocimiento de sus progenitores o de los adultos que los acompañan del funcionamiento del sistema, por las barreras culturales y lingüísticas, y también por las consecuencias irreparables que ocasiona el acceso a la mayoría de edad de un menor extranjero tutelado que no haya sido documentado.

Hasta la entrada en vigor de la última reforma de la LOPJM no ha estado suficientemente regulada la situación de riesgo, que es aquella en la que, por circunstancias diversas, el menor se ve perjudicado en su desarrollo, sin alcanzar la entidad que fundamentaría su situación de desamparo.

La falta de identificación en la práctica de situaciones de riesgo ha afectado especialmente a los bebés o menores de corta edad que son interceptados intentando acceder irregularmente a territorio nacional junto a adultos que dicen

ser sus progenitores. La ausencia de intervención de las entidades autonómicas de protección de menores, hasta que la situación de desamparo no se ha producido, supone un ejemplo más en el que los menores extranjeros ponen de manifiesto carencias generales existentes en nuestro sistema de protección de menores.

La llegada de menores extranjeros a España ha supuesto también la revisión de figuras como la guarda de hecho, que tradicionalmente tenían un papel residual en el sistema de protección de menores con escasa trascendencia práctica. La ausencia de protocolos de actuación de carácter humanitario que pongan en el centro el interés superior del menor, y no el de su progenitor en situación documental irregular, han dejado al descubierto una realidad en la que la ausencia de respuesta por parte de las administraciones ha hecho que los ciudadanos hayan tenido que asumir tareas de cuidado de menores y apoyo a sus familias en situación documental irregular.

V

La situación de los menores extranjeros en conflicto con la Administración por distintas causas ha puesto de manifiesto la inexistencia generalizada de procedimientos para hacer efectivo su derecho a ser escuchado en cualquier procedimiento que le afecte, así como la ausencia de mecanismos para la evaluación de la toma en consideración de su interés superior en la toma de cualquier decisión en la que esté implicado un menor.

La ausencia de mecanismos para la participación del menor extranjero en las decisiones que le afectan explica, en parte, el escaso número de resoluciones judiciales que se adoptan en relación a estas cuestiones. Los pocos pronunciamientos judiciales que existen se han producido gracias a la intervención de entidades de la sociedad civil que han acudido a los tribunales acompañando a los menores o han actuado en nombre de ellos.

VI

Las dificultades que ha de enfrentar el trabajador migrante para poder ejercer su derecho a vivir en familia, a causa de las enormes restricciones para la concesión de visados de estancia, ha supuesto que la reagrupación familiar sea en la práctica la única vía de acceso legal a Europa de los familiares del trabajador extranjero. Esta situación ha llevado a una continua tensión entre los distintos modelos de familia y las rígidas normas que los Estados de acogida imponen, cuestionando la naturaleza de instituciones de protección extranjeras como la *kafala*.

La condición de extranjero por encima de cualquier otra conduce en la práctica a una limitación constante de derechos a los que solo se puede acceder a través de la regularidad documental. El acceso a la misma para los menores extranjeros, aún para aquellos que han nacido en nuestro país, depende en exclusiva de la situación del adulto a cuyo cargo se encuentre el menor. El mantenimiento de la regularidad documental se convierte en una constante carrera de obstáculos que se mantiene durante años hasta que el menor, una vez más de la mano del adulto que le acompaña, accede a la residencia de larga duración o bien opta por solicitar la nacionalidad española.

La regularidad documental de los progenitores afecta no solo a los menores extranjeros, sino que alcanza a los menores españoles cuyos progenitores se encuentran en situación irregular en España, ya que, en la práctica, el ejercicio de derechos fundamentales de los que es titular el menor español se ve limitado por la restricción de derechos a los que se ven sometidos sus progenitores.

VII

Con todo, se plantean las siguientes propuestas para volver a poner en el centro la condición del menor por encima de la de extranjero. En primer lugar, de *lege ferenda* se propone la asignación de la competencia para la determinación de la edad al juez, estableciendo con claridad la prohibición de la utilización del citado procedimiento a aquellos menores titulares de pasaportes o certificaciones de nacimiento de su nacionalidad.

Se propone también la derogación de la modificación operada en el artículo 172 CC por la Ley 26/2015 de 28 de julio, que prevé nuevas causas de cese de tutela, así como la modificación operada por la citada norma en el artículo 12.4 LOPJM que otorga la competencia al fiscal para la realización de un juicio de proporcionalidad en los casos en los que se inicie el procedimiento de determinación de la edad respecto de un menor extranjero documentado.

Por último, se realizan propuestas de mejora en el procedimiento. Algunas de ellas, en tanto no se modifique la regulación actual, como en el caso de la obligación de la celebración de una comparencia ante el Ministerio Fiscal en todos los procedimientos de determinación de la edad. En la citada comparencia el fiscal deberá informar de manera comprensible para el presunto menor y en presencia letrada, del objeto del procedimiento y de la posibilidad de formular alegaciones. Además, el fiscal indagará de oficio acerca de la existencia de indicios de trata de seres humanos o de la existencia de necesidades de protección internacional. Se propone con carácter general la revisión de todos aquellos procedimientos (de extranjería o de protección de menores) en los que se tomen decisiones que afecten a un menor extranjero. Para esta revisión se tendrán en cuenta las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño y del ACNUR.