

# LA ODISEA DE SER “MENOR EXTRANJERO” EN ESPAÑA

## MERCEDES ALCONADA DE LOS SANTOS

*Nacida en Sevilla en 1972, Licenciada en Derecho Público por la Universidad Hispalense en 1995; Experto Universitario en Formador de Formadores por la UNED en 1.999; Letrada de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en Sevilla desde 1999; Coordinadora regional del Programa “Damiola Taylor” de atención a mujeres inmigrantes en riesgo de sufrir violencia de género, gestionado por CEAR y subvencionado por el Instituto Andaluz de la Mujer; Letrada del Servicio de Asistencia y Orientación Jurídica al Inmigrante del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla desde su creación hasta la actualidad y Coordinadora del mismo desde 2.005 hasta 2.009; Miembro de la Misión de Cooperación Internacional en Perú en diciembre de 2013, en colaboración con la Asociación Internacional de Juristas Interiuris y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables de Perú.*

*Autora de varias publicaciones en materia de inmigración, entre las que destacan: “Estudio de Segunda Generación de Inmigrantes en Andalucía: Estrategias para la Integración”, (FAMP, 2.008), y diversos artículos en revistas jurídicas especializadas; “Menores extranjeros: Ni ilegales ni invisibles”. Consejo General de la Abogacía. 2009; “Estudio sobre Mujeres Víctimas de Trata en Andalucía”. IAM. Colección Estudios nº 28. 2011.*

Desde la honda preocupación que genera el ejercicio de la abogacía en el ámbito del Derecho de Extranjería, bajo las circunstancias actualmente imperantes de inseguridad, conflictos bélicos y trata de seres humanos y ante las dificultades observadas para el ejercicio de sus derechos por parte de los menores extranjeros, se redactan estas líneas.

Desde la humildad de no tener soluciones mágicas o definitivas, pero en el absoluto convencimiento de que un cambio de actitud en la aplicación de las herramientas normativas de las que ya se dispone en nuestro sistema podría ayudar decisivamente a mejorar la calidad de vida de estos menores, resguardándolos de amenazas ciertas como es nuestra obligación como sociedad que se dice civilizada, es por lo que se ofrece esta pequeña reflexión, sólo con el fin de dar a conocer la realidad a la que día a día se enfrentan estos niños y niñas que pasan por nuestras manos sin hallar la acogida de la que son merecedores.

Menor extranjero es, por tanto, para la cuestión que nos ocupa hoy, cualquier persona de edad inferior a los 18 años y que no ostente la nacionalidad española.

A priori, y según lo que dictan las reglas de la sana lógica y nuestra propia legislación, es por tanto prioritaria su condición de menor respecto a la nacionalidad que posea. Hallándose por tanto bajo esta premisa, es decir, ser menor de 18 años, surgiría automáticamente la obligación por parte de cualquier Administración que tenga contacto con el mismo, de protegerle y aplicar la normativa vigente para permitirle ejercer de forma efectiva todos los derechos que le corresponden, de forma más acuciante si cabe, dado que siendo extranjero, es decir, no ostentando nacionalidad española, pueden (y de hecho lo hacen de forma ostentosa) concurrir factores que incrementan su vulnerabilidad.

Sin embargo, la paradoja en nuestro sistema actual es que, en la práctica, cualquier persona que arribe a nuestro territorio y necesite acceder a dicha protección, debe, salvo que pueda demostrar su nacionalidad española, demostrar su minoría de edad. No es el sistema el que protege y establece la presunción de minoría en la práctica. Es el menor el que, con todas las dificultades que su edad y diferente cultura o lengua puedan provocar, así como tener de frente a un sistema legal y judicial diseñado para “defenderse” de él, debe encontrar por sí solo la manera de poner en marcha la prueba de su condición de niño.

Ello se debe obviamente a que el sistema legal está diseñado y presume que, no tratándose de un español, y arribando generalmente de forma irregular, el sujeto que se debe proteger, en realidad lo que pretende es defraudar y abusar del conjunto de normas de protección establecidas para los menores<sup>1</sup>. Incluso en el caso de que se pueda acreditar, o no sea posible obviar por razones físicas, la minoría de edad de nuestro extranjero, los procedimientos de teórica reunificación familiar no encierran otra intención que “sacar” a dicha persona de nuestro sistema de protección, en aras, irónicamente de su mayor interés y a cualquier precio<sup>2</sup>, generalmente además en el conocimiento de que en pocas ocasiones y salvo el honroso trabajo de algunas y algunos profesionales que colaboran con ellos, ninguna responsabilidad les será exigida. Cuando dicha reagrupación-expulsión se hace imposible, todavía le queda al sistema de protección la opción de demorar burocráticamente los trámites de documentación de residencia, haciéndolos inútiles, o ejecutar la acogida en condiciones tan precarias o abusivas<sup>3</sup> que finalmente es el propio menor el que acaba decidiendo prescindir de la misma, con los consecuentes e irreparables daños.

Y esto es lo que espera al que consigue llegar al territorio. No abordaremos aquí las dificultades de acceso al mismo que encuentran habitualmente, en especial los que lo intentan desde los países del norte de África, puesto que ello supondría un capítulo aparte, en el que las vulneraciones de derechos fundamentales afectan por igual a mayores y menores, a hombres y a mujeres, aunque por supuesto con distintas consecuencias<sup>4</sup>.

¿No dispone España por tanto de un cuerpo legal complejo, que desde niveles internacionales hasta regionales, desde el reconocimiento de la minoría de

1 ABC.es. 3170172017. “Las pruebas de edad serán más rápidas para que adultos no estén en centro de menores”. <http://agencias.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=2431400>

2 Directiva de retorno y reenvío a países terceros. La Directiva 2008/115/ CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2017, recoge en su artículo 10 la posibilidad de devolver a los menores extranjeros no acompañados a países de los que no son originarios. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0115>. DOUE 24712/2017.

3 “Menores tutelados duermen en un parque de Madrid “abandonados” por la Comunidad, según Save The Children”. El Diario .es. 07/11/2016. [http://www.eldiario.es/desalambre/Madrid-Comunidad-Save-The-Children\\_0\\_577792554.html](http://www.eldiario.es/desalambre/Madrid-Comunidad-Save-The-Children_0_577792554.html)

4 “Denuncian que ‘menas’ en Melilla tienen que ir en chanclas porque no les dan calzado y Bienestar Social lo niega”. La Vanguardia. 04/02/2017. <http://www.lavanguardia.com/vida/20170204/414010542159/denuncian-que-menas-en-melilla-tienen-que-ir-en-chanclas-porque-no-les-dan-calzado-y-bienestar-social-lo-niega.html>

4 “Las devoluciones en caliente de inmigrantes violan al menos 12 normas nacionales e internacionales”. EL HUFFINGTON POST | Por Gloria Rodríguez-Pina. 04/11/2014. [http://www.huffingtonpost.es/2014/11/04/devolucion-en-caliente-de-inmigrantes\\_n\\_6089616.html](http://www.huffingtonpost.es/2014/11/04/devolucion-en-caliente-de-inmigrantes_n_6089616.html)

edad, hasta el ínfimo detalle de la acogida, cubran todas las posibles circunstancias y objetive los indicadores a valorar para garantizar la seguridad de estas personas que ponen sus vidas en nuestras manos?.

Si existe. Naturalmente. Multitud de normas en distintas escalas abordan los distintos aspectos que han de tenerse en cuenta; sirva de muestra un breve esquema de las mismas<sup>5</sup> para darse cuenta que no son herramientas lo que falta, sino voluntad decidida de aplicarlas en beneficio del menor.

Una de las principales vías de escape de menores que debieran estar protegidos y no lo están son las pruebas de determinación de edad que actualmente se practican, a todas luces inadecuadas, inexactas e ineficaces por motivos que ya están más que sobradamente estudiados y demostrados. ¿Por qué no se abordan estas pruebas desde otra perspectiva más integral, holística y multicultural?. Decididamente la respuesta sólo puede ser una: porque no interesa<sup>6</sup>.

Pese a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>7</sup> que prohíbe la realización de pruebas médicas de determinación de edad a los que porten documentos que acrediten al menos indiciariamente la minoría de edad, la incredulidad sistemática que aqueja a nuestro sistema legal respecto a la fiabilidad o veracidad de los documentos procedentes de otros países (incluyendo pasaportes), en especial los del África subsahariana, exponen a los menores a la realización de pruebas de resultados más que previsibles, dado el sesgo con el que se realizan (no hablemos ya de la falta de forma-

5 “Estudio Exploratorio: Niñez Migrante en Marruecos”. Helena Maleno Garzón. *Alianza por la Solidaridad*. 2015. <http://www.alianzaporlasolidaridad.org/wp-content/uploads/Informe-Nin%CC%83ez-Migrante-201507013-V1.pdf>

*Informe del Consejo General de la Abogacía y UNICEF: “Ni ilegales ni invisibles: Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España”*. Informe 2009. [http://www.abogacia.es/50-peliculas-juridicas/?utm\\_source=abogacia\\_es&utm\\_medium=bannercabecera&utm\\_campaign=50peliculas](http://www.abogacia.es/50-peliculas-juridicas/?utm_source=abogacia_es&utm_medium=bannercabecera&utm_campaign=50peliculas)

6 *Informe Defensor del Pueblo Español: “Menores o Adultos. Procedimientos de determinación de edad”*. 2015.

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf>.

7 **El TS confirma la prohibición de someter a pruebas de edad a inmigrantes menores con pasaporte**. La Sala de lo Civil establece que cuando el extranjero es menor de edad de acuerdo con el pasaporte, debe ponerse a disposición de los servicios de protección del menor sin que se le realicen las pruebas por estar documentado. Consejo General del Poder Judicial. 15 de octubre de 2014.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TS-confirma-la-prohibicion-de-someter-a-pruebas-de-edad-a-inmigrantes-menores-con-pasaporte>.

ción específica de los que la realizan y los que la interpretan, ni tampoco de las irregularidades en los consentimientos informados y en las notificaciones a los interesados que les permitan ejercer su derecho de defensa), que establecen “de forma indubitada” su mayoría de edad y que, imposibles de destruir después, hacen inefectivo salvo largos procedimientos judiciales de resultado incierto, cualquier opción a la protección. De hecho, estos certificados de nacimiento o pasaportes, obtenidos a veces a través de familiares o amigos (únicos recursos a los que un niño puede acudir) acaban siendo declarados falsos o manipulados, constituyendo el último clavo en el ataúd de la esperanza de una posible declaración de minoría de edad<sup>8</sup>.

Este panorama se hace ya dramático cuando nos hallamos ante niñas, pero también niños varones, los cuales, bajo esa forma de tortura denominada trata, se acercan a nuestras autoridades armados de una declaración de mayoría de edad bien aprendida bajo violencia y amenaza por los tratantes, y que, contra toda evidencia física en ocasiones, les conducen irremisiblemente a ser tratados como mayores y a perderse en las rendijas de un sistema que los invisibiliza por conveniencia, negándoles cualquier protección bajo la excusa de que no la necesitan. No estamos hablando ya de pocos casos, poco significativos estadísticamente hablando. Desde la avanzadilla de las organizaciones que trabajan en terreno, origen, frontera o costa, ya se han detectado y denunciado como un amplio grupo de niños y niñas procedentes de países del África subsahariana, están engrosando ya las filas de explotados sexual y laboralmente en Europa, bajo la miopía consciente de las autoridades españolas (aunque no obviamente las únicas miopes)<sup>9</sup>. La amplitud de los conflictos bélicos que asolan nuestro entorno han provocado la huida masiva de menores solos que se están convirtiendo en un lucrativo mercado para las mafias de que trafican con seres humanos<sup>10</sup>. ¿De qué sirven unos Protocolos<sup>11</sup> destinados más a rechazar que a admitir,

8 Informe “Solo por estar solo”. Fundación Raíces.2014. <http://www.fundacionraices.org/?p=903>.

9 “Estudio Exploratorio: Niñez Migrante en Marruecos”. Helena Maleno Garzón. Alianza por la Solidaridad. 2015. <http://www.alianzaporlasolidaridad.org/wp-content/uploads/Informe-Nin%CC%83ez-Migrante-201507013-V1.pdf>

10 **Europol denuncia la desaparición de diez mil niños refugiados. Las mafias trafican con ellos para dedicarlos a la prostitución y el trabajo esclavo.** Diario ABC. 31 de enero de 2016. [http://www.abc.es/internacional/abc-menos-10000-ninos-refugiados-desaparecido-tras-llegar-europa-201601311003\\_noticia.html](http://www.abc.es/internacional/abc-menos-10000-ninos-refugiados-desaparecido-tras-llegar-europa-201601311003_noticia.html)

11 **Protocolo FGE sobre Menores Extranjeros de 22 de julio de 2014. Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.** [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-10515](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-10515).

orientados sobre todo a la clara y necesaria lucha contra las redes pero siempre a costa de la víctima obligada siempre a dar el paso delante de admitir que lo es aún a costa de su propia vida o de la de su familia? Y hasta aquí hemos esbozado las peripecias de los menores extranjeros que están en nuestro país en calidad de no acompañados, sin familia, los cuales son los principales damnificados de una política de rechazo que prima la condición de extranjero frente a la de menor. Pero no son los únicos... Nuestro Derecho de Extranjería, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 185 y 186 RELOEX<sup>12</sup> establece la posibilidad de documentar a los menores que residen en España acompañados de sus familias, siem-

**12 RD 557/2011 de 20 de abril (Reglamento de Extranjería en ejecución de la LO 4/2000 de 11 de enero de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social):**

**Artículo 185 Residencia del hijo nacido en España de residente.**

**1.** Los hijos nacidos en España de extranjero que se encuentre residiendo en España adquirirán automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores.

*A estos efectos, el padre o la madre deberán solicitar personalmente la autorización de residencia para el hijo desde que tuviera lugar el nacimiento o desde que alguno de sus progenitores acceda a la situación de residencia, acompañando original y copia del certificado de nacimiento.*

**2.** Si el hijo nacido en España es de padre o madre reconocidos como refugiados o beneficiarios de protección subsidiaria, éstos podrán optar entre solicitar para él la extensión familiar del derecho de protección internacional o una autorización de residencia, en función del interés superior del menor.

**3.** En el caso de hijo nacido en España de un extranjero titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en condición de descendiente de otro residente, aquél adquirirá una autorización de residencia por reagrupación familiar dependiente de su progenitor.

*En la renovación de la citada autorización de residencia serán valorados, en cuanto a la acreditación de la disposición de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir las necesidades de la familia, junto a los del progenitor del menor, los del primer reagrupante, siempre que el progenitor del menor siga siendo titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar.*

**4.** Para las renovaciones de las autorizaciones de residencia reguladas en este artículo se seguirán los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

**5.** Las autorizaciones de residencia concedidas en base a lo previsto en los apartados anteriores, cuando sus titulares alcancen la edad laboral, habilitarán para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

**Artículo 186 Residencia del hijo no nacido en España de residente.**

**1.** Los menores no nacidos en España, hijos de extranjeros con residencia en España, así como los menores sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, podrán obtener autorización de residencia cuando se acredite su permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años y sus padres o tutores cumplan los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos en este Reglamento para ejercer el derecho a la reagrupación familiar.

**2.** Cuando los menores se encuentren en edad de escolarización obligatoria, se deberá presentar certificado que acredite su escolarización durante su permanencia en España.

**3.** La vigencia de las autorizaciones concedidas por este motivo estará vinculada, en su caso, a la de la autorización de residencia del padre, la madre o el tutor del interesado. En caso de que la autorización derive de su tutela por un ciudadano comunitario, su duración será de cinco años.

**4.** Para las renovaciones de las autorizaciones de residencia reguladas en este artículo se seguirán los trámites y el procedimiento establecido para las autorizaciones de residencia de los familiares reagrupados.

**5.** Las autorizaciones de residencia concedidas en base a lo previsto en los apartados anteriores, cuando sus titulares alcancen la edad laboral, habilitarán para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.

pre que éstas pertenezcan a terceros países de la Unión Europea. Igualmente cuando los cabeza de familia pertenecen a la UE, la última reforma del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, estableció la obligatoriedad de la acreditación de los medios económicos de la unidad familiar para poder otorgar la tarjeta de familiar comunitario a los descendientes menores de 21 años. En estas previsiones legales se instituyen, con clara intencionalidad de reducir a la irregularidad y no de garantizar la subsistencia digna del menor como habitualmente suele argumentarse, los medios económicos como eje fundamental para la obtención y renovación del estatus documental de regular del menor. Olvidamos así que, cuando de un menor se trata, el derecho a la vida en familia consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>

***Asimismo, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.***

**1.** *Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un periodo superior a tres meses si:*

**a)** *Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o*

**b)** *Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.*

**c)** *Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su periodo de residencia, o*

**d)** *Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).*

**2.** *El derecho de residencia establecido en el apartado 1 se ampliará a los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro cuando acompañen al ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o se reúnan con él en el Estado español, siempre que dicho ciudadano cumpla las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) de dicho apartado 1.*

**3.** *A los efectos de la letra a) del apartado 1, el ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que ya no ejerza ninguna actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantendrá la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en los siguientes casos:*

**a)** *Si sufre una incapacidad temporal resultante de una enfermedad o accidente;*

**b)** *Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;*

**c)** *Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se mantendrá durante un periodo que no podrá ser inferior a seis meses;*

**d)** *Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guardé relación con el empleo previo.*

**4.** *No obstante lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 y en el apartado 2, únicamente el cónyuge o persona a la que se refiere el apartado b) del artículo 2 y los hijos a cargo tendrán el derecho de residencia como miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que cumple los requisitos de la letra c) del apartado 1 anterior.*

*13 El concepto de «recursos suficientes», conforme a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 02/07/2009, debe interpretarse a la luz del objetivo de la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril*

de 2004, que es facilitar la libre circulación, siempre que los beneficiarios del derecho de residencia no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

El primer paso para evaluar la existencia de suficientes recursos debería ser si el ciudadano de la UE (y los miembros de su familia que derivan de él su derecho de residencia) cumple los criterios nacionales para que se le conceda una prestación social básica.

Los ciudadanos de la UE tienen suficientes recursos cuando el nivel de éstos es superior al umbral por debajo del cual se concede la prestación social básica en el Estado miembro de acogida. Cuando este criterio no es aplicable, deberá tenerse en cuenta la pensión mínima de la seguridad social.

El artículo 8, apartado 4, prohíbe a los Estados miembros establecer un importe fijo correspondiente a lo que consideran «recursos suficientes», directa o indirectamente, por debajo del cual el derecho de residencia puede denegarse automáticamente.

Las autoridades de los Estados miembros deben tener en cuenta la situación personal de la persona en cuestión. Deberán aceptarse los recursos de una tercera persona.

Las autoridades nacionales pueden, cuando sea necesario, realizar controles sobre la existencia de recursos, su legitimidad, importe y disponibilidad. Los recursos no tienen que ser periódicos y pueden revestir la forma de capital acumulado. Las pruebas de los recursos suficientes no pueden ser limitadas.

Para evaluar si una persona cuyos recursos ya no pueden considerarse suficientes y a quien se ha concedido ayuda social es o se ha convertido en una carga excesiva, las autoridades de los Estados miembros deberán realizar una prueba de proporcionalidad.

Con este fin, los Estados miembros podrán desarrollar, por ejemplo, un sistema de puntos como indicador. El considerando 16 de la Directiva 2004/38/CE, proporciona tres grupos de criterios con este fin:

*Duración:*

- ¿Durante cuánto tiempo se ha concedido la ayuda social?
- Perspectiva: ¿es probable que el ciudadano de la UE pueda prescindir pronto de la red de seguridad?
- ¿Cuánto tiempo ha durado la residencia en el Estado miembro de acogida?

*Situación personal:*

- ¿Cuál es el nivel de relación del ciudadano de la UE y sus familiares con la sociedad del Estado miembro de acogida?
- ¿Existen consideraciones relativas a la edad, estado de salud, familia y situación económica que deban tenerse en cuenta?

*Importe:*

- ¿Cuál es el importe total de la ayuda concedida?
- ¿Tiene el ciudadano de la UE antecedentes de gran dependencia de la asistencia social?
- ¿Tiene el ciudadano de la UE antecedentes de contribuir a la financiación de la asistencia social en el Estado miembro de acogida?

Los beneficiarios del derecho de residencia no podrán ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

3°- Solamente la recepción de subsidios sociales puede considerarse pertinente para determinar si la persona en cuestión representa una carga para la asistencia social.

4°- En cuanto a la primacía del Derecho fundamental a la vida en Familia recogido en el artículo 8 del CEDH, podemos reseñar que éste no recoge cuestiones relativas a la política de inmigración por lo que, en un principio, resulta difícil establecer límites a estos poderes estatales por parte del TEDH.

A pesar de esta dificultad textual, el TEDH, aplicando su doctrina de living interpretation, según la cual las normas recogidas en el articulado del CEDH no habían quedado anquilosadas en 1950, sino que debían adaptarse a las circunstancias del momento presente, ha configurado la denominada protección de rebote, es decir, una protección no directamente propugnada por el texto convencional sino estructurada por la jurisprudencia a partir de otras previsiones no concebidas en un inicio para beneficiar a los extranjeros. Por sí mismos, estos artículos no se aplicarían a la expulsión de extranjeros, pero el TEDH ha interpretado estos preceptos de un modo amplio, de tal forma que, en algunos casos, las medidas de política de inmigración podrían vulnerar alguno de estos derechos.

De entre los artículos que han servido de base para esta denominada protección de rebote, destaca el artículo 8 del CEDH que consagra el derecho a la vida familiar y personal. El punto de partida del Tribunal en relación a este artículo es que “la exclusión de una persona de un país donde residen sus familiares cercanos puede suponer una violación del derecho a la vida familiar tal y como se encuentra garantizado por el artículo 8(1) del Convenio”.

El derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar se vinculan con la protección de un núcleo inaccesible del individuo, de su intimidad. Así, el derecho a la vida familiar supone la protección de una serie

debe ser de aplicación prioritaria por encima de cualquier intención gubernamental de control migratorio. Llegamos al absurdo por el cual personas extranjeras menores que han nacido aquí, no conocen otro país, otra cultura, otra lengua que la española, siguen siendo inmigrantes irregulares, no sólo con las limitaciones de movilidad y acceso a ayudas públicas que ello conlleva, sino con la discriminación y la percepción que genera al menor de ser rechazado por una sociedad que debe ser la suya,

*de relaciones personales que mantiene el sujeto, que tienen su origen en la estructura familiar del individuo y se manifiestan de diversas formas, tal y como veremos más adelante. Sin embargo, el derecho a la vida privada "protege el derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior". Para el Tribunal, en un principio, las medidas de los Estados que supongan la expulsión de un extranjero pueden afectar a este derecho. Sin embargo, las escasas alegaciones que los demandantes realizan acerca de la violación de su derecho a la vida privada en este ámbito, no han sido nunca tenidas en cuenta.*

*Para el TEDH, el núcleo de la cuestión, en un primer momento interpretativo, se encuentra en el concepto de vida familiar. La vida familiar de un individuo presupone la existencia de una unidad familiar. Por ello, consideramos adecuado, llegados a este punto, tratar de delimitar cuándo podemos hablar de una familia, en los términos del artículo 8 CEDH, según el Tribunal de Estrasburgo.*

*Las hipótesis concretas de familia que ha venido contemplando el Tribunal en su jurisprudencia son: el matrimonio, las relaciones paterno-filiales y otras relaciones familiares.*

*El TEDH, ha reconocido la existencia de una unidad familiar en el caso de parejas no casadas siempre que exista cohabitación. Por tanto, el requisito fundamental, más que la legalidad, es el de la efectividad del vínculo matrimonial o análogo. Uno de los criterios fundamentales que utiliza el Tribunal al analizar si el matrimonio se ve afectado por la medida de expulsión es el denominado criterio elsewhere, es decir, si existe la posibilidad de que el matrimonio se reúna en cualquier otro lugar.*

*No sólo los hijos legítimos se encuentran dentro del espacio del artículo 8. También los hijos nacidos fuera del matrimonio mantienen con sus padres una relación que se puede calificar como familia, dentro del CEDH. La relación entre un hijo menor de edad y sus padres tiene, para el TEDH, la categoría de familia, independientemente de si el hijo es o no legítimo.*

*Para el TEDH, las únicas relaciones familiares que gozan de cierta envergadura para considerarse vida familiar dentro del concepto del artículo 8, además de las matrimoniales y las existentes entre los hijos menores de edad y sus padres, son las que mantienen los hijos mayores de edad con sus padres y las fraternales.*

*En palabras del TEDH "El asunto reside, por tanto, en determinar si la [medida] en cuestión puede satisfacer las condiciones establecidas en el párrafo 2 [del artículo 8], es decir, si es "de acuerdo con la ley", si persigue alguno de los fines legítimos enumerados en ese artículo y si es "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar los citados fines".*

*Del párrafo transcrito, se deducen las tres condiciones para considerar justificada una violación del derecho a la vida privada o familiar reconocido en el artículo 8. Estas condiciones son:*

- *Que la medida sea de acuerdo con la ley: legalidad.*
- *Que persiga alguno de las causas enumeradas como legítimas: legitimidad.*
- *Que la medida sea "necesaria en una sociedad democrática" para alcanzar tales fines: Necesidad.*

*Sólo cuando la medida reúna todas y cada una de estas condiciones, podrá entenderse que la misma es válida, esto es, que está justificada de acuerdo con el artículo 8.2.*

*En aplicación directa de esta jurisprudencia y de las Directivas europeas en materia de reagrupación familiar de los ciudadanos de UE, dejamos mencionada a efectos ilustrativos Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de San Sebastián, de fecha 28 de junio de 2013, por la cual se reconoce el derecho a tarjeta de familiar de comunitario a esposa de español sin la necesidad de acreditar medios económicos.*

destruyendo su proceso de construcción de una identidad como miembro aceptado de una comunidad a la que pueden y deben contribuir. Es caldo de cultivo para problemas de integración y radicalizaciones de segundas generaciones que luego constituyen campo abonado para el terrorismo, el racismo y los males que hoy nos asolan<sup>14</sup>.

Estamos hablando de padres con residencia de larga duración e incluso españoles, cuyos hijos, nacidos y criados en España, están en situación jurídica administrativa irregular como consecuencia de la crisis económica y la economía sumergida, donde sus padres y madres trabajan por sueldos ínfimos, sin garantías sociales y sin posibilidad de acreditar a la Administración sus ingresos. La acreditación de estos ingresos se exige de una forma estricta, en niveles y formas que un alto porcentaje de la población española no alcanzaría. ¿Qué beneficio obtiene esta sociedad de esa irregularidad del menor?. No son válidos los argumentos oficiales como que el menor es inexpulsable, o que tiene derecho a escuela y sanidad gratuitas aunque carezca de residencia legal. De sobra es sabido que la irregularidad documental genera numerosas incidencias que impiden ejercer con normalidad el derecho a la educación o a la sanidad pública y que contribuyen a su marginalización o exclusión social.

## Conclusión

Tras este breve resumen de las desgracias que pueden aquejar a un menor extranjero que pretenda asentarse en nuestro país bajo ciertas garantías, la pregunta que se hace evidente es, ¿cuáles son los retos a afrontar para mejorar este abrupto paisaje?. Algunas sugerencias corren a cargo de especialistas en la materia y que me permito resumir aquí: Afinar los instrumentos indicadores de la minoría de edad, no fiándolos exclusivamente a las actuales técnicas médicas carentes de un rango de valores adaptados a una diversidad étnica cada vez mayor. Complementarlas con otras herramientas que interpreten valores más allá de los puramente físicos, incluyendo informes de índole social, psicológica, etc que valoren otros parámetros. Incrementar

<sup>14</sup> *“Soy español y soy negro. Los afrodescendientes denuncian una discriminación constante y piden una ley que los reconozca como comunidad en España”*. Diario El País. Madrid 11 ENE 2017.

[http://elpais.com/elpais/2017/01/02/videos/1483375090\\_149359.html](http://elpais.com/elpais/2017/01/02/videos/1483375090_149359.html)

---

la formación de los operadores jurídicos que tienen contacto con el colectivo migrante, aunque no exclusivamente a nivel técnico, sino también incidir en la sensibilización y concienciación de la población en general. Proteger a los menores que llegan a nuestro país no es una “carga” es una obligación dimanante si, del Derecho Internacional, pero también de la esencia de una sociedad civilizada. Incrementar los recursos humanos, materiales y técnicos destinados a los menores extranjeros no acompañados, evitando considerarlos como hechos o circunstancias puntuales, excepcionales en el sistema. Desgraciadamente el número de menores que están siendo “barridos” de sus países de origen por los conflictos, la miseria, la violencia y falta de expectativas está creciendo, y de los defectos de nuestro sistema se están beneficiando las redes de trata de personas para atraerlos y explotarlos.

Realizar una interpretación de la normativa vigente en la práctica administrativa acorde con las obligaciones adoptadas por España en la normativa europea e internacional, así como con la Jurisprudencia del TEDH, evitando la exigencia estricta de recursos y requisitos que no se exigirían a nacionales en las mismas condiciones y sin causa justificada. No quiero ni debo terminar estas líneas sin expresar mi respeto y apoyo a aquellos y aquellas profesionales que desde su labor diaria en entidades sociales, Administraciones públicas, especialmente regionales y locales (hasta ahora las más implicadas) o cualquiera sea su posición en instancias policiales o judiciales, se esfuerzan diariamente por ofrecer la mejor cara de este sistema legal y apoyan con su trabajo constante, y generalmente “a contrapelo” la lucha de los niños y niñas que, de orígenes diversos, deben disfrutar de sus derechos de forma plena, para que como personas construyan un mañana más justo en este país, que también es el suyo.

---

## Bibliografía

Fundación Raíces. “Solo por estar solos”. Informe “Solo por estar solo”. Fundación Raíces. 2014. <http://www.fundacionraices.org/?p=903>.

“Estudio Exploratorio: Niñez Migrante en Marruecos”. Helena Maleno Garzón. Alianza por la Solidaridad. 2015. <http://www.alianzaporlasolidaridad.org/wp-content/uploads/Informe-Nin%CC%83ez-Migrante-201507013-V1.pdf>.

Informe Defensor del Pueblo Español: “Menores o Adultos. Procedimientos de determinación de edad”. 2015. <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf>.

“España vulnera los derechos de las niñas víctimas de trata, los menores extranjeros no acompañados y los niños refugiados”- Informe de Save the Children. 9 de junio de 2016. <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>.

“Algunas cuestiones prácticas sobre la aplicación del protocolo de menores extranjeros no acompañados”. Luis Lafont Nicuesa (Fiscal adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería). ([https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/PONENCIA%20SR.%20Lafont%20.pdf?idFile=53668ff3-89dc-4187-9d71-8633ed74285e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20SR.%20Lafont%20.pdf?idFile=53668ff3-89dc-4187-9d71-8633ed74285e)).

“Análisis crítico del sistema español de protección de los menores extranjeros no acompañados”. Autor: Pardilla Fernández, Víctor Ramón. Febrero 2016. (<http://reps-sevilla.com/subdominios/ocs-2.3.6/files/conferences/1/schedConfs/1/papers/111/submission/director/111-524-1-DR.pdf>).

“La desprotección de los menores migrantes solos en España”. Jan Jarab, representante para Europa de la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos (OHCHR), critica en esta carta el trato de España a los menores migrantes. “El ‘Protocolo Marco sobre Menores Extranjeros No Acompañados’, aprobado en octubre de 2014, parece contener instrucciones contrarias a la doctrina de los Derechos Humanos”, condena “Las técnicas médicas no pueden considerarse pruebas irrefutables de edad, ya que adolecen de un margen de error muy alto”, añade Jan Jarab -OHCHR 17/02/2016-20:03h. Diario El desalambre. ([http://www.eldiario.es/desalambre/desproteccion-menores-migrantes-solos-Espana\\_0\\_485401785.html](http://www.eldiario.es/desalambre/desproteccion-menores-migrantes-solos-Espana_0_485401785.html)).