

Lucía ALONSO SANZ, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 460 pp. ISBN: 978-84-259-1692-2.

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp407-412](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp407-412)

La obra escrita por la profesora Lucía Alonso está llamada a ser una obra de referencia en el estudio del régimen jurídico de los menores inmigrantes. Si muchas veces escuchamos de los tribunales de tesis doctorales felicitarse por haber podido leer una «tesis con tesis», este libro consigue plasmar de forma brillante esas tesis de la tesis, origen del trabajo dirigido en su día por el Profesor García Roca y hoy prologuista de la obra reseñada.

Para comenzar, la profesora Alonso nos pone en antecedentes, dedicando las primeras páginas a la «Introducción y objeto: presentación del problema». La autora parte de tres grandes bases. La primera es el presupuesto teórico, donde expone el binomio *autonomía-vulnerabilidad* que atraviesa la condición del menor y la definición de menor no acompañado; la segunda es el presupuesto fáctico, relatando las características y perfil del menor no acompañado en nuestro país. Finalmente y en tercer lugar, detecta cuatro órdenes de problemas en el tratamiento jurídico del menor no acompañado. Así, la determinación de la edad, el procedimiento de repatriación, la regularización administrativa,

y la ausencia de representación independiente de la que adolecen, son problemas que se tratan de resolver elaborando «una teoría con la que aterrizar en la práctica», reconstruyendo primero su estatuto constitucional para después «especular sobre las implicaciones de dicho estatuto en el tratamiento jurídico del colectivo» (p. 53).

El primer bloque aborda la primera tarea. Así, en el «Tratamiento constitucional del menor no acompañado», la experta analiza los dos pilares en los que se asienta dicho tratamiento, a saber, la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales, y la protección especial que la Constitución brinda al colectivo objeto de estudio. Con respecto al primer pilar, la autora hace un minucioso repaso de los derechos y deberes que acrecen al menor no acompañado, apoyado en dos bases: *el menor como menor*; y *el menor como extranjero*. El menor como menor es sujeto titular de derechos fundamentales y sujeto que los ejerce (de forma directa o a través de representante legal). El menor como extranjero se centra en el siempre complejo artículo 13 CE y la jurisprudencia

constitucional dictada a los efectos, tendente esta a plasmar «un discurso más igualitario, apegado a la dignidad humana (...)», aunque la falta de seguridad jurídica apreciable respecto al estatuto constitucional de extranjero en general «se traslada a la figura del menor inmigrante» (pp. 99 y 100). El segundo pilar trata, como se decía, sobre la protección que la Constitución confiere a ese menor, en concreto la derivada de los artículos 9.2, 14, y 39 CE; del marco que el Estado social crea en aras de hacerla efectiva, con la mirada puesta en las personas especialmente vulnerables; y del influjo del principio del interés superior del menor como espina dorsal de dicha actuación tuitiva. La fusión de ambas esferas o pilares constitucionales, especialmente el primero al calor del segundo, determina las líneas maestras del tratamiento constitucional del menor no acompañado, en virtud de las cuales, «los menores no acompañados son titulares de todos los derechos fundamentales, excepto los políticos reconocidos en el artículo 23 CE» y, en algunos casos, el derecho a acceder al trabajo en condiciones de igualdad (artículo 35 CE). En cuanto a su ejercicio, el efecto restrictivo que se derivaría de su condición de inmigrante quedaría neutralizado por una fuerza jurídica de signo contrario: el efecto del interés superior del menor reforzado con el de la protección especial que como personas vulnerables merecen (que dificultan en gran medida las restricciones de derechos fundamentales). De ahí que los condicionamientos al ejercicio de sus derechos deban responder a los mismos motivos que para el caso de cualquier

menor, a saber, la falta de capacidad de obrar suficiente o su propia protección especial. En este último caso, al igual que pasaría con las restricciones de derechos de los menores nacionales, para ser legítimas, dichas restricciones «deben superar los filtros de igualdad y proporcionalidad» (p. 206). En suma, dice la autora, lo que jurídicamente hablando se impone es la «prevalencia de las condiciones de «menor» y «persona vulnerable» sobre la de «inmigrante» (p. 208).

El segundo bloque se dedica a estudiar la «Protección supranacional del menor no acompañado», y se centra en desbrozar y explicar el régimen establecido tanto en la Convención de Derechos del Niño (y sus tres Protocolos) como en la normativa europea (Unión Europea y Consejo de Europa). La autora destaca los principales hitos de la primera, a saber: la «norma internacional con eficacia jurídica vinculante más ampliamente ratificada de la historia» (p. 220). Una norma por la que vela el Comité de Derechos del Niño, a través del aseguramiento de diversos principios generales: interés superior del menor; prohibición de discriminación; derecho a la vida, supervivencia y desarrollo; y participación en las decisiones que le afecten (*derecho a ser oído*); a los que se añadiría otro extraído de la jurisprudencia sobre la materia: la preferencia del desenvolvimiento de la vida del menor con la familia de origen (p. 223). Posteriormente, la profesora Alonso repasa los hitos normativos y jurisprudenciales referidos a la UE. Y no es especialmente halagüeño el panorama, sobre todo por las complicaciones que se derivan de la bifurcación competencial en materia

de menores no acompañados producida por el hecho de que, mientras la Unión ha asumido competencia sobre migración, compartida con los Estados miembros, los competentes en materia de protección del menor siguen siendo estos últimos en exclusiva. Ello ha provocado que el ente del que emana el Derecho migratorio (al menos una parte del mismo), la UE, deja de ser el mismo que aquél responsable de la protección del menor, lo cual ha comportado que buena parte de la normativa migratoria europea, que se aplica a los menores inmigrantes casi en su totalidad (p 253), haya desbordado las garantías estatales de protección del menor. La ausencia de competencia comunitaria en materia de protección de menores no ha de ser óbice, según la autora, para que dicha protección se lleve a cabo, al menos fragmentariamente, por medio de otros títulos competenciales, mediante la estrategia del *mainstreaming*, esto es, integrando al menor en cada una de las decisiones, políticas públicas, y normas creadas y por crear. Una protección a la que la Unión resulta obligada *ex artículo 24* de la Carta de Derechos Fundamentales. En el caso del menor no acompañado, la materia que más se presta a dicha estrategia, por ser aquélla que más determina su estatuto jurídico, es la inmigración. Si bien sería deseable que, en algún momento, el tratamiento normativo europeo del menor no acompañado se desarrollara en el marco de la protección del menor (en lugar de en la arena migratoria), la realidad de la UE muestra un ordenamiento que quizá no sea todavía «suficientemente maduro» (p. 271) para asumir competencia en dicha materia.

Parece que hay algo más de esperanza en el marco del Consejo de Europa, con un Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido «compensando» (p 274) las lagunas normativas existentes, sobre todo mediante una interpretación expansiva del artículo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar). Todo ello repercute en una tendencia que la autora pone negro sobre blanco: «[Afloja así] un estándar europeo de protección en favor de la igualdad de los menores en el disfrute de todo tipo de derechos, lo que supone uno de los pilares de la normalización constitucional» (p. 279).

El tercer bloque de la obra se dedica a las «Reglas constitucionales de distribución de competencias: el difícil deslinde en materia de menores no acompañados». Después de elaborar un detallado estado de la cuestión, a resultas del cual se demuestra que el grueso del tratamiento específico de los menores no acompañados se realiza en el ámbito migratorio y, por ende, bajo la competencia del Estado, la autora defiende que dicho tratamiento, para ser coherente con la prevalencia de la condición de menor sobre la de inmigrante que ha de iluminar el tratamiento jurídico del colectivo, debería realizarse en sede de protección del menor. Si bien ello ubicaría a los menores no acompañados en la esfera competencial autonómica, Lucía Alonso considera que sería conveniente que el Estado regulara unas bases armonizadoras de la protección de dicho colectivo, y considera esta conveniencia extrapolable a la protección de menores en general. Si bien estima que tal distribución bases-desarrollo existe

de facto en esta materia (protección de menores) (p. 309), la autora apuesta por una reforma constitucional que revierta al Derecho tal situación de hecho, en aras de una mayor seguridad jurídica y legitimidad de la actuación estatal.

Buena parte de lo señalado en esos tres bloques se conjuga en el cuarto, en el que se estudia de forma relacional «Los problemas derivados del tratamiento jurídico de los menores no acompañados y su adecuación a los postulados constitucionales»; la profesora Alonso Sanz no sólo detecta los problemas, sino que postula «un ensayo o propuesta de solución» a tales problemas, intentando «brindar un método para abordarlos» (p. 313).

El primer apartado versa sobre el *protocolo de actuación inicial*, integrado por la identificación, la determinación de la edad del menor no acompañado, y su puesta a disposición a los servicios de protección. Lo que la autora realiza es un exhaustivo análisis sometiendo tal praxis, en concreto, el proceso de determinación de la edad, a los cánones exigidos por el principio de proporcionalidad (finalidad constitucionalmente legítima; idoneidad y necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación entre beneficios y perjuicios). Piénsese que las más de las veces las intervenciones físicas y/o psíquicas que deben realizarse afectan a ciertos derechos fundamentales; y lo único que garantiza y asegura el respeto a los mismos es, precisamente, el respeto a tales garantías (p. 350).

El segundo versa sobre el *procedimiento de repatriación*. El menor no acompañado puede ser bien repatriado

a su país de origen (o al de residencia de sus familiares), bien permanecer en España. Para saber por cuál de las opciones debe optar la administración española se debería acudir al interés superior del menor (p. 351 y ss). La clave del asunto, explica Lucía Alonso, es entender la repatriación como una medida de protección del menor que debe ser ejecutada en su interés y, por tanto, rodeada de las garantías correspondientes. Dicho con otras palabras: ni cabe encubrir como repatriación lo que es una «expulsión sin garantías», expulsión que además está prohibida por nuestro ordenamiento (p. 355), ni tampoco obviar que, en último término, la medida debe adoptarse «si es lo que más conviene al menor» (p. 359). La autora repasa concienzudamente la penosa situación jurídica en la que han estado (y quizá sigan estando) los menores no acompañados, situación que se ha hecho menos dramática gracias a novedades legislativas que han dulcificado el panorama (p. 361). Consecuentemente, el centro de gravitación de las decisiones de repatriación es, justamente, saber qué exige ese principio del interés superior, lo que la autora vuelve a acometer con más que sobrada solvencia (p. 362 y ss). Así, la resolución administrativa debe fundarse en ese interés del menor, lo que caracteriza al proceso de antiformalista y flexible. Además, se debe involucrar a la familia del menor, así como al propio menor, escuchando lo que este tenga que decir (lo cual ha sido sistemáticamente vulnerado en los últimos años, consecuencia muy ligada a la deficiente regulación, p. 366). También será clave para decidir el principio de unidad

familiar y, en todo caso, tener en cuenta que deben cumplirse los derechos fundamentales/convencionales del menor. Continúa el apartado constataando que la materia, a pesar de lo dicho, tiene una tremenda casuística, lo que obliga a tener en cuenta las circunstancias individuales de cada caso (p. 373 y ss). Y finaliza ensayando algunos supuestos en función de si el menor presenta suficiente juicio -edad y madurez suficiente- o no. Si presenta el suficiente juicio, pueden suceder dos cosas, con tratamiento diferente (que el menor acepte la repatriación o que no la acepte). Si no presenta suficiente juicio «será determinante el hecho de si la repatriación es con objeto de reagrupación familiar» (p. 377).

El tercer apartado se centra en estudiar la documentación de los menores inmigrantes no acompañados, plasmando la inseguridad jurídica que caracterizaba la regulación del tema hasta fechas recientes. Aunque las modificaciones de *hard* y *soft law* (mención especial al Protocolo Marco) han paliado los efectos derivados de tal situación, la autora se ve en la obligación de recordar que la tramitación de la documentación es obligación inexcusable de nuestra administración como tutora del menor (p. 387 y ss). Esa inseguridad jurídica no desaparece tampoco cuando se alcanza la mayoría de edad. Se plantean problemas respecto a la renovación de la autorización de residencia, o la consecución de la misma en el caso de los no documentados, siendo la regularización de estos últimos mucho más complicada (p. 394). La profesora Alonso aboga por fijar «parámetros ciertos que ofrezcan al menor una

posibilidad real de permanencia regular, pues de esta forma, éste podría revertir a la sociedad la *inversión* que el Estado ha realizado para garantizar su protección» (p. 399).

En el cuarto bloque, integrado por las cuestiones relacionadas con la representación independiente y las instituciones de protección del menor no acompañado, la autora repasa los pros y contras de nuestro sistema de tutela y representación -protagonizada, en función del caso concreto, por los padres, la familia, y/o la administración pública, y supervisada por el Ministerio Fiscal y la Defensoría del Pueblo-. Asimismo, destaca la figura del defensor judicial, llamada a actuar cuando se produzca un «conflicto de intereses entre el menor y su representante» (p. 412), y de especial relevancia para el menor no acompañado, por la facilidad de que emerjan dichos conflictos con la administración (su representante). Por último, y con respecto a la asistencia jurídica gratuita, la autora defiende que dicha garantía, a pesar de ser «inherente al efectivo ejercicio de su derecho a ser escuchado» (p. 415), está deficientemente regulada en la legislación española en lo concerniente a los menores no acompañados. Como remarca Lucía Alonso, el reconocimiento legal de tal derecho debe ser «legal, pleno, claro, y sin ambages», cosa que las recientes modificaciones no han logrado (p. 417).

Hasta aquí llega la reseña de la obra. Una obra que sin duda cumple la principal misión que suele tener una obra de estas características (exponer argumentadamente una tesis/hipótesis); pero también una obra que trasciende ampliamente ese

objetivo, para realizar un minucioso trabajo de análisis de las principales normas en la materia, ordenándolas y exponiéndolas sistemáticamente; lo que queda de dicho esfuerzo es, nada más ni nada menos que el estatuto constitucional del menor inmigrante, tamizado por una mirada experta y (porqué no decirlo) humanista, lo cual es mérito añadido de una autora

que consigue acercarse a su objeto de estudio tanto como este demanda y separarse tanto como exige. El Derecho está al servicio de los demás, ordena la sociedad de la mejor forma posible, y Lucía Alonso consigue demostrar que el actual Derecho Constitucional puede responder a ambas exigencias en lo que a los menores inmigrantes hace.

Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad de Valladolid