

La subdiscriminación y la vulnerabilidad de las y los menores extranjeros no acompañados

Subdiscrimination and vulnerability of the unaccompanied immigrant minors

Por LUCÍA SERRANO SÁNCHEZ

RESUMEN

Los niños, niñas y adolescentes, y dentro de ellos, las y los menores extranjeros no acompañados, representan, el grupo social más afectado por las cegueras cognitivas y los silencios del discurso de los derechos humanos, lo que los somete a graves causas de subdiscriminación (género, etnia, cultura, nacionalidad, etc.). El hecho de centrarse este trabajo en las y los menores migrantes, responde a la necesidad de mostrar las violencias sistemáticas y las conexiones dadas entre la subdiscriminación que padecen y las situaciones de vulnerabilidad que se generan durante todo el proceso migratorio, o que se suman a las ya existentes en sus países de origen. Detenernos especialmente en los menores extranjeros no acompañados obedece a una terrible realidad: a la creciente desaparición de menores en territorio europeo y español, a su relevante presencia en los actuales procesos migratorios y a la urgencia de desarrollar a nivel nacional e internacional medidas y sistemas adecuados de protección para responder con igualdad y justicia a la diversidad de situaciones que oculta la denominación común de estos menores.

Palabras clave: *Subdiscriminación. Extranjería. Diversidad. Menores extranjeros no acompañados. Vulnerabilidad.*

ABSTRACT

Children and adolescents, and within them, the unaccompanied immigrant minors, represent the social group most affected by the cognitive blindness and silences of the human rights discourse, which subjects them to serious causes of subordination (gender, ethnicity, culture, nationality, etc.). The fact of focusing this work on migrant minors responds to the need to show the systematic violence and the connections between the subordination that they suffer and the situations of vulnerability that are generated during the entire migratory process, or that add to those already existing in their countries of origin. Stopping especially in the unaccompanied immigrant minors is due to a terrible reality: the growing disappearance of minors in European and Spanish territory, their relevant presence in current migration processes and the urgency of developing adequate protection measures and systems at the national and international level to respond with equality and justice to the diversity of situations that the common denomination of MENA hides.

Keywords: *Subdiscrimination. Immigration law. Diversity. Unaccompanied immigrant minors. Vulnerability.*

SUMARIO: 1. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS Y LOS MENORES EN EL MARCO CONSTITUCIONAL. – 2. DESMITIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA. – 3. POR UNA CIUDADANÍA JUVENIL NO EXCLUYENTE DE LOS Y LAS JÓVENES INMIGRANTES. – 4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

SUMMARY: 1. THE HUMAN RIGHTS OF MINORS IN THE CONSTITUCIONAL FRAMEWORK. – 2. DEMYTIFICATION AND PROTECTION OF UNACCOMPANIED IMMIGRANT CHILDREN. – 3. FOR A YOUTH CITIZENSHIP NOT EXCLUSIVE OF THE YOUNG IMMIGRANTS. – 4. CONCLUSIONS AND PROPOSALS.

1. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS Y LOS MENORES EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La pérdida de soberanía por parte de los Estados nos obliga a situar el debate sobre los derechos humanos de las y los menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA) en un marco internacional y nacional a la vez, lo que abre la reflexión a un escenario complejo. El objetivo de este trabajo es analizar críticamente la fundamentación y el desarrollo de los derechos humanos a nivel constitucional, a fin de mostrar cómo son excluidos las y los menores del reconocimiento de la subjetividad y la ciudadanía. Una situación que dificulta el reconoci-

miento de derechos a las y los menores inmigrantes, y hace difícil el desarrollo de sistemas adecuados de protección para los MENA. Hemos centrado nuestro interés en las y los MENA porque en ellos concurren situaciones de subdiscriminación y de vulnerabilidad que hacen evidentes todos los límites e incorrecciones que hoy presentan los sistemas de protección de la infancia, y de la infancia migrante.

Debemos comenzar afirmando que no existe un catálogo de derechos iguales y válidos para todas las personas con independencia de la raza, nacionalidad, género o identidad sexual, etnia, edad, etc., que nos permita hablar de la universalización de los derechos humanos¹. Al contrario, lo que es verificable es una fuerte desigualdad social, jurídica y política entre las personas en el seno de los Estados². La positivización de los derechos y libertades individuales a nivel constitucional vino a recoger los ideales e intereses jurídico-políticos de un reducido grupo de personas (hombres, adultos, heterosexuales, nacionales, etc.), dejando fuera del discurso de los derechos a gran parte de la población, entre ellos a los menores de edad y a los extranjeros³.

En lo que respecta a España, en la Constitución Española de 1978 se persigue la instauración de una sociedad homogénea, de «individuos titulares de derechos», donde los menores no fueron reconocidos como sujetos de derechos, quedando reducidos al estatus de meros sujetos naturales⁴. Esta consideración deja fuera del discurso de los derechos humanos a las y los menores, al tiempo que desarrolla una representación idealizada de la infancia (occidental, rica y dependiente/sostenida por sus progenitores hasta cumplir la mayoría de edad). El impacto más negativo de esta representación lo sufren aquellas infancias que no se dejan subsumir bajo este paradigma idealizado, y que no están contempladas en las Constituciones. Esas infancias ignoradas en la Carta

¹ SAAVEDRA, M., «La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas» en *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 243.

² FACIO, A., *De qué igualdad se trata*. Ponencia presentada en varios foros, 1995. Disponible en: <http://observatoriojy.org/index.php/280-doctrina/1-derecho-de-humanas/2-igualdad/692-de-que-igualdad-se-trata>. Consultado a 29 de octubre de 2020.

³ MACHADO, J. A., «Young People, Citizenship and Leisure», en *Youth Transitions: Processes of social inclusion and patterns of vulnerability in a globalised world*, Opladen; Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, 2018, p. 231.

⁴ Rubio Castro señala que esta calificación la encontramos en Hobbes, en *El Leviatán*, para referirse a todos aquellos seres humanos que no tienen voz propia, por lo que quedan sometido al poder y a la voluntad de quienes sí son reconocidos como sujetos con derechos y capacidad para representarse a sí mismos y a los demás (RUBIO CASTRO, A., «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja», en *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Universitat de Barcelona, 2017a, pp. 65-96).

Magna son: las infancias indígenas⁵, africanas, populares, orientales⁶, e infancias independientes o emancipadas.

La exclusión en España de los menores como sujetos de derechos a nivel constitucional los reduce a meros cuerpos estereotipados, cuyos efectos negativos trascienden al propio derecho, pues su impacto se hace sentir también en el mundo del conocimiento y de la ciencia, al ser excluidos como sujetos de observación⁷. La paradoja de este reduccionismo es que, pese a ser meros cuerpos, son asimilados, cuando se trata de menores inmigrantes, a los adultos, primando su consideración de inmigrantes irregulares frente a su minoría de edad. Aunque esta consideración del menor como objeto de protección y no sujeto de derechos fue modificada en virtud de la Convención de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989⁸ (en adelante CDN⁹),

⁵ En la Constitución de El Salvador de 1983 no se reconoce a los pueblos indígenas hasta el año 2014 fecha en la que se reforma el artículo 63, incorporando un inciso segundo disponiendo «El Salvador reconoce a los pueblos indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad» (DL núm. 707, del 12 de junio de 2014, DO núm. 112, tomo núm. 403, de 19 de junio de 2014).

⁶ La Organización para la Cooperación Islámica (OCI), fundada en 1969, es el segundo organismo internacional con mayor número de Estados miembros tras la ONU. En el año 2004 aprobó la «Convención sobre los derechos del niño en el islam de 2004» que introduce otro tipo de discurso sobre los derechos humanos de la infancia, otra cultura de infancia distinta a la «Convención de los derechos del niño de 1989» de la ONU (SERRANO SÁNCHEZ, L.; y LÓPEZ CANO, A., «Un estudio comparado de la ciber-regulación en el S. XXI: ¿Realidades nacionales, regionales o internacionales?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 39, 2015, p. 62).

⁷ CLAVERO, B., *Happy Constitution*, Trotta, 1997, pp. 16, 18, 20, y 23.

⁸ España incorpora este reconocimiento del menor como sujeto con derechos en el ordenamiento jurídico interno con el Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 5 de enero de 1991).

⁹ Desde la aprobación de la Convención de los derechos del niño de 1989 el debate doctrinal sobre la infancia gira en torno a la pregunta de si el niño es sujeto social, sujeto de derechos, o ciudadano. Todos estos conceptos jurídicos derivan de los discursos contemporáneos en torno a la infancia y a la adolescencia. Para nosotros el niño primero debe ser reconocido como sujeto social antes que sujeto de derecho. En ese sentido, nos adherimos a Jaime Jesús Pérez al definir al niño no como «sujeto de derecho», sino como «sujeto social de derecho» (PÉREZ, J. J., «El niño como sujeto social de derechos: una visión del niño para leer la Convención» en *La participación de los niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño: visiones y perspectivas*, Actas del seminario Bogotá, UNICEF, 1998, pp. 45 y 46). Esto es, solo en la medida que el niño vaya desarrollándose como sujeto social, podrá ir afirmándose como sujeto de derecho. La visión del niño que se propone se basa en la socialización de este. Esto es en un proceso en el que el niño como persona va relacionándose con otras personas y su medio en general. Se busca el reconocimiento del rol activo del niño y de su capacidad para contribuir al desarrollo propio, al de su familia y al de su comunidad. Y un entorno que está conformado no solo por sus vínculos directos con otras personas que influyen en él, sino también por las instituciones que crean la ley como consenso de la sociedad y que determinan su conducta. Esto significa que entre el sujeto social y la sociedad se establece una relación recíproca en la que apenas se llega a distinguir entre cuales

su influencia no permeó en la Carta Magna española, ni tuvo efectos en la noción de ciudadanía¹⁰.

La segunda cuestión para tomar en cuenta y que afecta a los MENA especialmente y a todos los menores y adolescentes en general es que su protección tiene como contexto clave a la familia. La familia como núcleo esencial de la sociedad asume un papel protagonista como instancia de protección de la infancia. Un modelo en el que el padre asume el rol de proveedor económico de la familia y la titularidad principal del derecho al trabajo (art. 35 CE), mientras que la madre desempeña la función de cuidadora y educadora de las hijas e hijos (art. 39.2 CE)¹¹. Sirva como ejemplo decir que la Constitución Española no reconoce ni menciona a menores y/o adolescentes como sujetos titulares de derechos fundamentales con capacidad progresiva para ejercerlos¹². El hecho de considerar a la familia el núcleo esencial de protección de menores y adolescentes dificulta la protección y el reconocimiento de otros tipos de infancias y adolescencias, en las que prima la autonomía y la capacidad de decisión. Pensemos en todas las decisiones y contra-tiempos que han debido padecer los MENA. Estas otras infancias reclaman y reivindican el derecho a la educación, al trabajo y a la autonomía personal, rompiendo la imagen del menor irracional y dependiente¹³. Esta realidad nos lleva a sostener que no es posible considerar

son las características innatas del hombre y aquellas que adquiere socialmente. Autores como Shamgarhadelman (1994) y Lee (2005) establecen que la posición del niño en la sociedad, así como la idea de infancia que la sustenta, se encuentra estrechamente ligada a la capacidad y necesidades de los Estados y gobiernos, en términos políticos». En este caso estaríamos apostando por la implementación del discurso de los derechos en la política nacional de los Estados. El discurso de los derechos, como tal, es muy reciente. Se fundamenta a partir de la actividad desarrollada por la sociología de la infancia para categorizar las personas menores de edad como seres autónomos (KING, 2007, 195 y 200), y en el establecimiento del niño como sujeto legal independiente en la Convención de los derechos del niño (CASAS, F., «Infancia y representaciones sociales», *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 1, 2006: 34-35; JAMES, A. y JAMES, A., *Constructing childhood. Theory, police and social practice*, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 83-84; KIRBY, P. y WOODHEAD, M., «Children's participation in society», en *Changing Childhoods: Local and Global*, Chichester, 2003, p. 266; LANDSDOWN, G., *Innocenti Insight. La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005; MONTGOMERY, H., BURR, R. y WOODHEAD, M., *Changing Childhoods: Local and Global*, Chichester: Wiley/Open University, 2003; MOOSAMITHA, M., «A difference-centred alternative to theorization of children's citizenship rights», *Citizenship Studies*, vol. 9, núm. 4, 2005, pp. 369-388; NEALE, B., «Dialogues with children: children, divorce and citizenship», *Childhood*, vol. 9, núm. 4, p. 456; ROCHE, J., «Children: Rights, participation and citizenship», *Childhood*, vol. 6, núm. 4, 1999, p. 484).

¹⁰ VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍS, J. L., «La familia en la Constitución Española», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 58, 2002, pp. 11-43.

¹² ALONSO SANZ, L., *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 40 y 41.

¹³ HADJAB BOUDIAF, H., *Las nuevas generaciones de personas menores migrantes*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2016, p. 21.

a menores y adolescentes inmigrantes como sujetos irrelevantes a nivel social, sino como protagonistas sociales y como individuos que deben tener la capacidad de construir, con ayuda de la sociedad de acogida, su propio destino.

La tercera cuestión que afecta a los MENA por su condición de menor y no nacional es el discurso mono-cultural existente sobre los derechos humanos, el cual ignora la dimensión esencialmente histórica y la diversidad de lo humano¹⁴. Se hace necesario un nuevo discurso de los derechos superador de la homogeneización humana dominante y consciente de la diversidad de infancias que coexisten actualmente en las sociedades. Solo de este modo se podrá poner fin a las violencias estructurales y a los límites que genera el pensamiento único en los sistemas de protección de infancias y adolescencias¹⁵.

A diferencia de la mayoría de los Estados, las organizaciones internacionales están promoviendo cambios significados respecto a los menores y los sistemas de protección de sus derechos. En esta línea cabe destacar el extraordinario papel que viene desempeñando el Comité de los derechos del niño, el Comité de los derechos de los trabajadores migratorios, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, el TEDH, el TJUE, y la CIDH. Como muestra del valor de su trabajo cabe reseñar el Dictamen del Comité de los derechos del niño respecto de la Comunicación número 16/2017, de 31 de mayo de 2019, y la Comunicación número 22/2017 de la misma fecha, por las que se obliga a España a que los menores dispongan de un representante en el procedimiento de determinación de la edad.

La cuarta cuestión que afecta a los MENA por su condición de menor y de no nacional es su exclusión de la ciudadanía, en cualquiera de sus vertientes: jurídico-política, civil, social¹⁶ y económica¹⁷. Esto produce una separación radical entre los menores nacionales necesitados de protección (sí reconocidos como ciudadanos) y los MENA. Nuestra Carta Magna, a pesar de ser una Constitución social, mantiene vinculados estrechamente los términos nacionalidad y ciudadanía; siendo la ciudadanía el estatus de pertenencia que da acceso a los derechos y libertades constitucionales¹⁸. El no reconocimiento de estos menores como parte de la ciudadanía, en tanto no nacionales, los deja fuera de la protección de derechos civiles y sociales básicos, un reconocimiento como sujetos con derechos, que sí existe a nivel

¹⁴ *Op. cit.*, FIORAVANTI, 2009.

¹⁵ CUSSIÁNOVICH VILLARÁN, A., *Paradigmas de las Culturas de la infancia como forma de poder*, Ilefant Perú, 2010, p. 7.

¹⁶ MARSHALL T. H., y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, 1998, pp. 19-22.

¹⁷ GONZÁLEZ GARCÍA, E., *Ciudadanía, identidades complejas y cultura política en los manuales escolares andaluces de educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2011, p. 45.

¹⁸ *Op. cit.*, VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, 2009, p. 30.

internacional, como ya hemos expuesto¹⁹. Recordemos algunos de estos derechos: los menores tienen derecho a ser oídos en todos aquellos asuntos que les afecten²⁰; tienen derecho a la participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural (art. 48 CE)²¹; y se debe tomar en cuenta la evolución de sus facultades a la hora de desarrollar las garantías necesarias para el ejercicio de tales derechos²². En el caso de los adolescentes en edad laboral destaca sobre todo la necesidad de reconocerles el derecho al trabajo, cuando la legislación española así lo permite, al igual que la libertad de asociación y reunión²³.

La «ciudadanía objetivada» a la que fueron condenados los menores de edad en el marco del Estado-nación, con independencia de su edad y desarrollo de sus facultades, entra en clara contradicción con el nuevo catálogo de derechos y libertades desarrollado a nivel internacional, pero también con la voluntad de los adolescentes y muy especialmente de los adolescentes inmigrantes cuyo objetivo vital es integrarse activamente en la ciudadanía económica y social²⁴. Las y los adolescentes inmigrantes no acompañados no esperan todo del «Estado-providencia», solo desean tener un papel protagonista, de manera temporal o permanente, en la sociedad y el Estado de acogida²⁵.

La nacionalidad de origen solo conecta a estos menores con un sentimiento teórico de pertenencia, al tiempo que los vincula a una determinada identidad cultural. Pero el sentido de pertenencia no se adquiere por el solo hecho de haber nacido en un país u ostentar o adquirir una nacionalidad determinada, ni tan siquiera por ser hijo de un nacional, se conforma desde la pertenencia y el reconocimiento como un sujeto con derechos y con voz propia. No podemos ignorar que, aunque el vínculo de la persona con el Estado es ante todo de carácter emocional y sensorial, estas emociones y sentimientos los proporcionan la familia, la sociedad y el Estado, en la medida que hacen sentir al

¹⁹ ANTJUSTEGI IGARTUA, E., Ciudadanía y derechos sociales, *Lan Harremnak*, 22, 2010, pp. 151-165.

²⁰ ARCE JIMÉNEZ, E., «El derecho del menor extranjero no acompañado a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», *CEFD*, núm. 38, 2018, p. 3.

²¹ ZELAIA GARAGARZA, M., «Art. 48 CE», en *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario: de 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, coord. Montesinos Padilla, C. 2018, pp. 885-892.

²² LANDSDOWN, G., *Innocenti Insight. La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005.

²³ CORDERO ARCE, M., *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Ifejant, 2015, pp. 87-127.

²⁴ ORELLANA, C., «Migración irregular de niños y niñas: ejercicio y búsqueda de ciudadanía desde la invisibilidad. El Salvador», *Estudios Centroamericanos ECA*, vol. 69, 739, 2014, p. 364.

²⁵ CORTINA, A. (1998), «Ciudadanía social», *Tribuna El País*. Disponible en: https://elpais.com/diario/1998/08/08/opinion/902527203_850215.html. Consultado a 11 de agosto de 2019.

individuo que forma parte de una familia, una sociedad y un Estado. Todos los menores de edad necesitan sentirse parte de un proyecto común y de un grupo humano. Por este motivo, son claves las estructuras familiares o asimiladas, el contacto con los otros que conforman la sociedad y la participación activa en las estructuras e instituciones sociales. Cuando todo esto se niega los MENA se les impide que puedan sentirse parte de la sociedad. De ahí la importancia de flexibilizar la rígida conexión nacionalidad/ciudadanía, en aras de alcanzar una mejor y mayor inclusión de toda la población²⁶.

Si el acceso a la ciudadanía es importante y esencial para cualquier menor, lo es aún más para los menores y adolescentes inmigrantes, al estar a ella conectados derechos tan relevantes como son la educación y el trabajo²⁷. Pensemos que la migración de los MENA tiene como objetivo esencial la búsqueda de trabajo y autonomía económica. Dificultar o impedir el acceso a la educación de estos menores, o el acceso al trabajo de las y los adolescentes, es frustrarles su proyecto vital, al tiempo que su desarrollo personal y autonomía, lo que los envía directamente a la marginalidad o a la delincuencia. Es imprescindible que los sistemas de protección estatales tengan como prioridad, tratar a los MENA como lo que son: menores, proporcionándoles las herramientas necesarias para hacer real su integración y desarrollo personal. Con esa finalidad, en virtud del principio de igualdad efectiva, se tendrá que reconocer el derecho al trabajo a los adolescentes inmigrantes equiparándolos a los adolescentes nacionales (art. 6 RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)²⁸. Un derecho que hasta el momento le ha sido negado a los menores extranjeros no acompañados. Un hecho que consideramos discriminatorio al establecerse una clara diferencia entre menores nacionales y extranjeros en edad laboral.

La negación del derecho al trabajo de los adolescentes extranjeros no es la única discriminación que padecen. Arce Jiménez señala a la Instrucción 3/2003 del Fiscal General del Estado español, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que preten-

²⁶ RUBIO CASTRO, A.; y MOYA ESCUDERO, M., «Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 37, 2003, pp. 105-153.

²⁷ FERERINO BASURTO, M.^a A., «Trabajo y ciudadanía», *Revistas de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, vol. 19, 2015, p. 30

²⁸ El derecho al trabajo y la obligación de protección del menor se extiende a los menores inmigrantes trabajadores legales, en virtud del artículo 6 del Convenio sobre los trabajadores migrantes núm. 97, de 1 de julio de 1949, al incorporar el principio de no discriminación al trabajador inmigrante legal y el principio de igualdad de trato en materia de trabajo de los menores, siempre que estuviera reglamentado por la legislación del Estado receptor o dependiera de las autoridades administrativas foráneas del ejercicio del derecho al trabajo por parte de los menores. España ratificó este Convenio el 21 de marzo de 1967, y aún (Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre los trabajadores migrantes, núm. 97, 1949. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242.

dan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo, como la máxima expresión de la exclusión que sufren los MENA mayores de 16 años²⁹. Estos menores son discriminados por el hecho de ser extranjeros, y de haber violado las normas adultocentristas de no viajar o de permanecer solos en un país ajeno, sin la compañía de sus progenitores o tutores legales correspondientes, y de querer trabajar para su auto sostenimiento y el sostenimiento de sus familiares. La última prueba de la denegación de la titularidad del derecho al trabajo de los MENA es la Instrucción 1/2020 de la Secretaria de Estado de Migraciones, por la que se habilita a trabajar a menores extranjeros en edad laboral, aprobada el pasado 6 de marzo de 2020³⁰. En esta norma se reconoce expresamente que a los MENA hasta ahora se les está tramitando la autorización de residencia, pero no la exceptuación para trabajar. La Secretaría de Estado de Migraciones afirma que el artículo 36.1 LOEx reconoce el derecho al trabajo de los adolescentes inmigrantes en edad laboral, e instruye a las Oficinas de Extranjería a que «La concesión de la autorización de residencia, expedida a favor de los menores extranjeros, habilite para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena en el momento en el que éstos alcancen 16 años, sin necesidad de ningún otro trámite administrativo en materia de extranjería. Esta habilitación quedará reflejada expresamente en la documentación expedida a su favor, mediante la siguiente leyenda “habilita a trabajar por cuenta ajena”».

Sin embargo, en el RDL 13/2020, de 7 de abril por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario³¹, se han ignorado de nuevo a los MENA al no contemplarlos en el artículo 2 como beneficiarios de las medidas extraordinarias de flexibilización laboral. Por el contrario, sí contempla a los extutelados en el artículo 2.1.d) de la citada norma. Igualmente, la Disposición Adicional 2.^a del RD-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 vuelve nuevamente a referirse a los extutelados al comprender a jóvenes de 18 a 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario. Una exclusión de los MENA que vuelve a reiterarse en la Instrucción DGM 9/2020 sobre el régimen aplicable a los jóvenes, nacionales de terceros países, que se encuentren en situación irregular entre los 18 y 21 años que hayan sido empleados en el sector agrario

²⁹ ARCE JIMÉNEZ, E. Panorama legislativo de los menores no acompañados y maltrato institucional. En *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados en España*, Akal, 2005, pp. 153-159.

³⁰ Instrucción disponible en: http://extranjeros.mtramiss.gob.es/es/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/report_final_200305_Instruccion_MENAS.pdf. Consultado a 12 de abril de 2020.

³¹ BOE núm. 98, de 8 de abril de 2020.

con base en el RD 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, cuando finalice su vigencia, de 29 de septiembre de 2020.

Todo lo argumentado nos permite sostener, junto a Ana Rubio Castro, que los retos actuales del pensamiento jurídico político pasan por recuperar la centralidad de los derechos sociales y económicos junto a los derechos civiles y políticos, al tiempo que se hace importante volver a redefinir las viejas categorías personales básicas sobre las que se asentaron los discursos de los derechos, y su posterior constitucionalización, para avanzar en la superación de las actuales situaciones de subdiscriminación que padecen determinados grupos sociales³².

II. DESMITIFICACIÓN Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ INMIGRANTE NO ACOMPAÑADA

Las estructuras de poder conformadas en el marco del Estado-nación se han visto afectadas por los altos flujos migratorios de la niñez migrante, la incorporación de los Estados a organismos regionales e internacionales de control, y la globalización de la producción, los mercados e incluso la cultura³³. Estos cambios han motivado la extensión de los derechos, constitucionalmente reconocidos a los nacionales, a los no nacionales. Un cambio cuyo impacto es fuerte en los Estados receptores de migración, y en concreto en los receptores de MENA³⁴.

La niñez migrante no acompañada ha generado el reajuste del sistema internacional de derechos humanos, al tiempo que la actualización de los sistemas estatales de protección de los derechos humanos a través de las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados con respecto a la niñez y la adolescencia. Uno de los cambios a destacar es el ensanchamiento en los sistemas de protección nacional de menores para dar cabida a la niñez inmigrante que accede a su territorio, ya sea regular o irregular. Observamos en la mayor parte de los Estados una legalidad cambiante que trata de readaptarse a los requerimientos internacionales con respecto a los menores en general, y a los no nacionales en particular.

Las tensiones y retos de futuro que observamos a la luz de los recientes acontecimientos políticos (retorno de los viejos nacionalismos ante las tensiones de los mercados internacionales, crecimiento

³² RUBIO CASTRO, A., «Los retos actuales del pensamiento jurídico-político», *Revista Derecho & Sociedad*, núm. 48, 2017b, pp. 193-209.

³³ PRATS I CATALÀ, J., «Capítulo III Gobernabilidad y globalización», en *Democracia en déficit: Gobernabilidad en desarrollo en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001, p. 93

³⁴ CALDUCH CERVERA, R., *Relaciones Internacionales*, Ediciones de las Ciencias Sociales, 1991, pp. 139-146.

de la ultraderecha en Europa y España, cambio climático, pandemias) no nos permiten ser optimistas respecto a la influencia profunda que puedan tener las normas internacionales en los ordenamientos jurídicos estatales. Viviremos en los próximos años un incremento de las medidas de control fronterizo, sobre todo en el contexto europeo, al tiempo que fuertes presiones humanitarias, lo que hace presagiar graves violaciones a los derechos humanos de los inmigrantes, y en concreto de los MENA. Estos cambios perjudiciales para los menores inmigrantes ya se sienten en Comunidades Autónomas como Andalucía, donde se ha anunciado el recorte de la mitad de las plazas que acogen estos menores en centros de protección³⁵, y donde se han quedado más de 150 jóvenes ex tutelados en la calle sin alternativa habitacional durante el estado de alarma³⁶.

A pesar de lo anterior, desde el ámbito internacional se han creado obligaciones internacionales, las cuales se imponen al desiderátum de los Estados respecto a la niñez inmigrante irregular, y tienen como fin propiciar la libertad de circulación y residencia de éstos, lo que implica: la prohibición del rechazo en frontera de la niñez inmigrante irregular, devolución en caliente y la expulsión colectiva; la no devolución de la niñez beneficiaria de protección internacional y la no detención de la niñez inmigrante irregular; así como la defensa del interés superior del menor³⁷.

La primera de estas obligaciones internacionales ha supuesto que los Estados y sus autoridades no puedan rechazar en frontera a la niñez inmigrante no acompañada e imposibilitarle la entrada en el país con el objeto de poder solicitar asilo³⁸. Una obligación internacional que ha sido desarrollada recientemente por el Tribunal Europeo de derechos humanos en el Asunto N. D. y N. T. contra España por una devolución en caliente de dos menores extranjeros no acompañados en frontera que querían solicitar asilo y que no fueron identificados por las autoridades españolas (STEDH, de 13 de febrero de 2020).

³⁵ CÁRCELES, M., «La Junta recorta casi la mitad de las plazas en los centros de residencia de niños patera», *Diario Ideal*, 17 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.ideal.es/almeria/almeria/junta-recorta-mitad-plazas-centros-ninos-patera-menores-no-acompanados-20200516223823-nt.html>. Consultado a 24 de mayo de 2020.

³⁶ Asociación Pro-Derechos Humanos Andalucía. «APDHA denuncia que la Junta dejará en la calle sin alternativa a 150 jóvenes ex tutelados durante el estado de alarma», [apdha.org](https://www.apdha.org), 22 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.apdha.org/apdha-denuncia-junta-dejar-calle-150-jovenes-ex-tutelados-estado-alarma/>. Consultado a 24 de mayo de 2020.

³⁷ UNICEF, *Observación escrita de UNICEF sobre niñez migrante en América Latina y en el Caribe. Solicitud de Opinión consultiva sobre Niñez migrante presentada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013, pp. 13-102.

³⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y otros, I., *Rechazos en frontera: ¿Fronteras sin derechos?*, informe jurídico, 2016, pp. 23-24. SOLANES CORELLA, A. «Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras», *AFD*, Vol. XXXII, 2016, pp. 145-184.

La segunda obligación internacional, íntimamente relacionada con la anterior, implica que existen límites al derecho de los Estados a controlar a la población que permanece en su territorio³⁹. Los Estados no podrán devolver a la niñez inmigrante, esté acompañada o no, y que sea beneficiaria de protección internacional (Observación General núm.22 (2017) del Comité de los derechos del niño)⁴⁰. Tampoco a los menores extranjeros no acompañados que estén en situación irregular y que no puedan retornados al país de origen en un tiempo prudencial⁴¹.

La tercera obligación internacional tiene que ver con el principio de no detención de la niñez inmigrante irregular, lo que implica un límite al Estado receptor que no puede alegar el principio del interés superior del menor interpretándolo de tal modo que se le pueda privar de libertad o aprehenderlo para su «ingreso forzoso» en un centro de protección de menores, o peor aún internarlo en un CIE (de adultos) para proceder a su inmediata expulsión⁴². En este contexto, el principio del interés superior del menor no puede en modo alguno implicar que con base en el mismo se nieguen derechos a estos menores o se incumplan obligaciones internacionales aceptadas. El interés superior del menor obliga a escuchar al menor inmigrante no acompañado, e impide privarlo de libertad y expulsarlo⁴³. La obligación de no detención es muy importante para los MENA que consiguen permanecer en el país de acogida, porque les devuelve la independencia, y el poder decidir si quieren permanecer en el centro de acogida, si prefieren un piso tutelado o cualquier otra medida de protección, en la que tengan libertad ambulatoria y puedan ejercer, entre otros, el derecho a la educación y al trabajo⁴⁴.

³⁹ ARLETTAZ, F., «La déclaration UE-Turquie de mars 2016 et le principe de non refolement», *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 41, 2016, pp. 71-96.

⁴⁰ ACNUR, *Directrices para la determinación del interés superior del niño*, mayo de 2008.

⁴¹ Véase Conclusiones del Abogado General del TJUE, de 2 de julio de 2020, en el Asunto C-441/19. Aún no hay Sentencia, pero todo indica que el Tribunal podría adoptar esta posición.

⁴² GALEANO BARRALAGA, I. E., «Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias», *Revista Internacional de derechos humanos*, núm. 5, 2015, pp. 63-80.

⁴³ La privación de libertad es definida en la regla 11b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad al establecer «por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública». Asamblea General de Naciones Unidas, «Resolución 45-113 de la Asamblea General de la ONU, del 14 de diciembre de 1990». Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/113&Lang=S>. Consultado a 4 de marzo de 2019.

⁴⁴ En relación al internamiento de niños véanse artículo 11 de la Directiva sobre normas de acogida (2013/33/UE); artículo 17 de la Directiva de retorno de inmigrantes ilegales (2008/115/CE); y las correlativas sentencias del TEDH: TEDH, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica*, núm. 13178/03 (internamiento con vistas a expulsión), TEDH, *Popov contra Francia*, núms. 39472/07 y 39474/07

La cuarta obligación internacional impuesta a los Estados y ya mencionada es el respeto al interés superior del menor (Observación General número 14 (2013) del Comité de los derechos del niño). Se trataría de un principio rector de la política y la normativa estatal que concierne a los menores migrantes no acompañados. Esta exigencia, estrechamente relacionada con la anterior, obliga al Estado receptor a estudiar de forma individualizada el caso de cada MENA, buscando siempre el bienestar del menor en su vertiente física, psíquica y social en cualquier procedimiento administrativo o judicial que les afecte⁴⁵. En ese sentido, nos adherimos a la Fiscal Consuelo Madrigal Martínez-Pereda al afirmar que el interés superior primordial del MENA en situación irregular debe conducir a la imposición del plazo límite de 3 meses en el que, si no se ha optado por la reintegración familiar del MENA en el país de origen, se debería constituir formalmente la tutela para que no exista inseguridad jurídica y no se perturbe la salud psíquica del menor. La asunción de la tutela del menor por parte de la Administración empujaría a su documentación con una autorización de residencia sin que se produzca una dilación indebida del procedimiento. En ese sentido, afirma Madrigal Martínez-Pereda que el Fiscal debe promover ante la jurisdicción civil, en defensa de los derechos fundamentales del MENA, las acciones recogidas en el art. 158 Cciv⁴⁶.

Esta obligación internacional de asunción del principio del interés del menor como principio rector, que aún no ha penetrado en las normas de extranjería, nosotros entendemos que debe interpretarse en el sentido establecido en el Fundamento Jurídico de Derecho 5.º de la STS 2676/2011 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 12 de mayo de 2011: «el interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad».

(internamiento con vistas a expulsión), y TEDH, *Kanagaratnam contra Bélgica*, núm. 15297/09 (internamiento con vistas a expulsión). Y en relación con la expulsión de niños véase Preámbulo (considerando 24, arts. 7, 12, 13, y 28.3.b) de la Directiva sobre libre circulación y residencia (2004/38/CE), y TEDH, *Gül contra Suiza*, núm. 23218/94, 1996 (deportación de una familia); TEDH, *Boultif contra Suiza*, núm. 54273/00, 2001 (deportación de niños); y TEDH, *Tarakhel contra Suiza* (GS), núm. 29217/12, 2014 (deportación de niños).

⁴⁵ BEN-ARIEH, *et al.*, «Multifaceted concept of child well-being», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, Springer, 2014, pp. 1-27.

⁴⁶ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., y GARCÍA HERNÁNDEZ, G., «IV. La protección de derechos fundamentales concretos», en *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*, Fundación Aranzadi Lex Nova, 2013, pp. 83 y 84.

Consideramos que a la hora de interpretar este principio se debería tomar en consideración las situaciones de vulnerabilidad que estos menores han desarrollado durante todo el proceso migratorio, sumadas a las adquiridas en su país de origen⁴⁷. En el caso de los menores migrantes no acompañados las obligaciones internacionales (asumidas mediante la Convención de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 así como las múltiples Observaciones Generales emitidas por el Comité de los derechos del niño, y definidas jurisprudencialmente), nos sitúa frente al conjunto de obligaciones internacionales establecidas para proteger a los menores que se encuentran en situación de doble o triple factor de vulnerabilidad, así como de discriminación múltiple⁴⁸, con el fin de reducir las barreras que impiden u obstaculizan el ejercicio de sus derechos⁴⁹.

Una interpretación difícil de alcanzar si partimos de una imagen incorrecta de la niñez, y limitada del alcance y sentido de los derechos humanos. La diversidad de infancias y la diversidad de situaciones que subyacen bajo las siglas MENA, enfrentan el principio del interés superior del menor a un complejo esfuerzo interpretativo tanto por parte de la Administración como del Estado⁵⁰. La interpretación correcta del principio del interés superior del menor requiere además una adaptación cultural para alcanzar a entender la diversidad de situaciones y aristas que encierran los MENA. El bienestar de todos los menores sin distinción, debería ser una exigencia ética y política de cualquier país⁵¹. Estamos en una coyuntura en la que se está pasan-

⁴⁷ KALVERBOER, *et al.*, «The Best Interests of the Child in Cases of Migration Assessing and Determining the Best Interests of the Child in Migration Procedures», *The International Journal of Children's Rights*, 1, 2017, pp. 114-139.

⁴⁸ La discriminación múltiple la identificamos con la pertenencia del MENA a varios grupos discriminados y con la acumulación de situaciones de vulnerabilidad. Estos grupos discriminados son configurados, entre otros, por sociólogos y politólogos. La respuesta política y jurídica a las poblaciones discriminadas en el caso de los MENA sería paternalista y estigmatizadora al tratarse de un colectivo de personas asistencial. Las expresiones de vulnerabilidad y grupos vulnerables, de reciente utilización en la teoría crítica de los derechos humanos, vienen a sustituir a las nociones de discriminación y grupos discriminados que se usaron a mediados del S. XX en EEUU para la construcción del Derecho antidiscriminatorio como propuesta alternativa al sistema social, jurídico y político de los Estados-nación. Sin embargo, creemos, que la noción de vulnerabilidad debe ser sustituida por la de subdiscriminación de Barrère, para quién la resiliencia no puede sustituir a la obtención de derechos y poder. Esta autora, para acabar con la vulnerabilidad sistemática, considera esencial reconocer y transformar las estructuras de poder. Solo así se podría conseguir la igualdad jurídica (BARRÈRE UNZUETA, M.^a A., «Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿Vulnerabilidad vs. discriminación?», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 34, 2016, pp. 17-34).

⁴⁹ CARDONA LLORENS, J., «La Convención sobre los derechos del niño: significado, alcance y nuevos retos», *Educatio*, Siglo XXI, núm. 2, 2012, pp. 47-68.

⁵⁰ BREEN, C., *The standard of the best interests of the child. A western tradition in international and comparative law*, Kluwer law international, 2002.

⁵¹ WEISNER, T. S., «Culture, Context, and Child Well-Being», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, Springer, 2014, pp. 87-103.

do de un orden social y un discurso de los derechos humanos monocultural a uno multicultural, en cuyo interior conviven múltiples discursos de los derechos humanos de la niñez, y a los cuales deben adaptarse las legislaciones y las prácticas administrativas de los Estados. Esto supone un cambio profundo a nivel estructural, conceptual y competencial para las sociedades y los Estados, lo que provoca problemas sociales, jurídicos y políticos como consecuencia de las tensiones entre el viejo y el nuevo modelo. Ante esta realidad compleja nos parece aconsejable la propuesta que defiende la profesora Ángeles Solanes: el acomodo razonable⁵². Una medida arbitrada para prevenir o remediar la discriminación, así como para favorecer la cohesión social de la niñez inmigrante que, en este caso, consistiría en otorgar a los MENA al menos los mismos derechos y libertades que poseen el resto de los menores, pero ajustándolos a las necesidades específicas individuales y colectivas de cada uno de ellos. Dada la inexistencia de una niñez o adolescencia única, el desafío está en cómo integrar la diversidad de infancias existentes y cómo darles cabida en la legislación y en los sistemas de protección estatales⁵³. Un cambio que exige a su vez el traslado de esta diversidad al discurso jurídico-político de los derechos humanos⁵⁴. Para evitar los posibles conflictos Stephen Castles propone conectar el término migrante al de ciudadanía, a fin de superar las desigualdades y discriminaciones existentes, y poner fin a la estratificación social que produce la identificación nacionalidad/ciudadanía, al tiempo que al androcentrismo y adultocentrismo que rigen en los modelos humanos imperantes en el tradicional discurso de los derechos humanos⁵⁵.

Matías Cordero Arce sostiene que la niñez y la adolescencia deben tener «el derecho a no ser definidos por los adultos». Esto es, que no deben ser los adultos quienes impongan el rol social que han de ocupar los menores en la sociedad, negándoles de forma absoluta voz y capacidad de decisión. Debe regir el reconocimiento de los hijos como sujetos sociales independientes de sus progenitores, lo que supondría poner fin a la cultura de la propiedad sobre la descendencia⁵⁶. Además, se ha de tener en cuenta que la niñez y la adolescencia no son grupos homogéneos, ni es universal. Estos errores han conformado un sistema de creencias sobre los menores que mantiene la idea de la universalización de la

⁵² SOLANES CORELLA, Á., «Acomodo razonable en Canadá y discriminación indirecta en Europa como garantía del principio de igualdad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 51, 2017, pp. 307-325.

⁵³ CORTÉS RAMÍREZ, E. E., «La hegemonía cultural hoy: la hegemonía como método analítico en los estudios culturales», *Pensamiento Actual*, vol. 14, 22, 2014, pp. 13-28.

⁵⁴ KEESING, R., «Teorías de la cultura», en *Lecturas de Antropología Social y Cultural*, UNED, 1993, pp. 51-82.

⁵⁵ CASTLES, S., «Migration policies are problematic-because they are about migration», *Ethnic and racial studies*, vol. 40, 9, 2017, p. 1543.

⁵⁶ CORDERO ARCE, M., *Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y los niños*, Ijeant, 2015, pp. 223-227.

infancia etnocéntrica, androcentrista y capitalista. En atención a todos los argumentos expuestos, consideramos que en todo sistema de protección estatal se ha de atender a las necesidades particulares de cada tipo de niñez, en atención a su origen cultural, su edad y género⁵⁷. Entre los elementos básicos para alcanzar este objetivo está construir un lenguaje común en el que nadie esté excluido⁵⁸.

No podemos pensar en la niñez migrante desde los parámetros de la niñez en los países ricos y democráticos, ni tampoco pensar en la niñez migrante como un grupo uniforme. En cada territorio y momento histórico las infancias son diversas y coexisten⁵⁹. La filosofía posestructuralista, encabezada por Stephen Epstein e Iris Marion Young (quienes analizan la triple dimensión del multiculturalismo: social, político y ético y su impacto sobre los individuos y los grupos sociales), nos ayuda a comprender el modo en que conviven las diferentes culturas de la infancia y la relación existente entre ellas en cualquier sociedad. El posestructuralismo analiza la forma en que cada individuo construye su identidad y el modo en que ésta está condicionada por el grupo social de pertenencia.» No existe un sujeto con un origen autónomo o una sustancia subyacente a la que se pueden adosar atributos de género, nacionalidad, edad, rol familiar, inclinación intelectual, etc., la identidad es siempre un sentido socializado de la individualidad. Es una organización interna de la autopercepción acerca de la relación del «yo» con las categorías sociales, unas categorías que incorporan las visiones que otras personas tienen sobre el «yo»⁶⁰. Con base en estos argumentos dejar a menores y adolescentes inmigrantes solos, a su libre albedrío en una sociedad desconocida, es éticamente reprochable, pero también lo es convertirlos en simples apéndices de sus progenitores⁶¹.

La integración social o adaptación a la sociedad de acogida de los menores inmigrantes no acompañados se hace muy difícil cuando no se les tiene en cuenta a la hora de establecer las políticas migratorias o al desarrollar el discurso de los derechos humanos. Los errores más comunes han sido ignorar su desarrollo personal y sus específicas capacidades y potencialidades, aplicándoles una política de asimilación cultural, que les obliga a abandonar las prácticas y valores adquiridos de origen, para aceptar otros sobre los que aún no tienen conoci-

⁵⁷ GRENBY, M. O., «Introduction: Children, Childhood, and Children's Culture in the Eighteenth Century», *British Journal For Eighteenth-Century Studies*, 29, 2006, pp. 313-319.

⁵⁸ COBO, R., «Ellas y nosotras en el diálogo intercultural», en *Interculturalidad, feminismo y educación*, Catarata, 2006, pp. 11-33.

⁵⁹ WOODHEAD, M., «Psychology and the cultural construction of children's needs», en *Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, Routledge, 2014, pp. 63-77.

⁶⁰ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Taurus, 2000, pp. 81-82. EPSTEIN, S. G., «Gay Politics, Ethnic Identity: The Limits of social constructionism», *Socialist Review*, 93, 1987, pp. 9-54.

⁶¹ TURNER, B., «Classical sociology, and cosmopolitanism: a critical defense of the social», *The British Journal of Sociology*, 57, 2006, pp. 133-151.

miento⁶². Las huidas y suicidios en los centros de protección de menores son en gran parte debido a estas violencias.

No puede ignorarse que todos estos menores han realizado un largo viaje vital desde el momento mismo en que toman la decisión de emigrar, y que han vivido experiencias que la gran mayoría de los adultos de la sociedad de acogida nunca vivirán. Ignorar estos hechos o minusvalorarlos impide avanzar hacia una política migratoria lo más cercana posible a los ideales de justicia que las sociedades democráticas deben promover, aunque lo imperante en estos momentos sea el control y la seguridad sobre la igualdad y la justicia. Pero hay algo más, no podemos cerrar los ojos a la diversidad de lo humano y a las diferentes etapas de desarrollo que se producen en todo ser humano. El Derecho no puede menospreciar los requerimientos sociales de una sociedad multicultural y heterogénea, en la que coexisten diversos grupos sociales, y entre ellos diversas infancias. Hacer política o regular al margen de la realidad debilita la legitimidad de la Política y del Derecho, y a través de ellos pierde legitimidad el Estado democrático y de bienestar⁶³.

III. POR UNA CIUDADANÍA JUVENIL NO EXCLUYENTE DE LOS Y LAS JÓVENES INMIGRANTES

Las críticas realizadas a la vieja categoría política de ciudadanía son varias, mereciendo una mención especial: las elaboradas por la teoría comunitarista, las teorías pluralistas culturales y de la migración, las teorías feministas, las teorías de la gobernanza global y las teorías de la infancia moderna. Todas ellas comparten un objetivo común, superar las exclusiones, pasadas y presentes de los grupos sociales más vulnerables o desfavorecidos a los que pertenecen, entre otros, los MENA⁶⁴. Todos y cada uno de estos planteamientos han tratado de resignificar el viejo modelo de ciudadanía desde distintas perspectivas, pero solo las teorías de la infancia moderna han sido capaces de destacar el papel social de los menores en los Estados actuales, aunque para referirse solo a niñas, niños y adolescentes nacionales. Consideramos que ninguna de estas críticas ha sido capaz de visibilizar adecuadamente a los menores migrantes como grupo subdiscriminado y vulnerable. Por esta razón no han incorporado los requerimientos sociales de las y los menores inmigrantes en las políticas públicas o en los cambios normativos. A pesar de ello, estimamos esencial detenernos en sus aportaciones en

⁶² PAVEZ SOTO, I., «Los significados de ser “niña y niño migrante”: conceptualizaciones desde la infancia peruana en Chile», *Polis, Revista Latinoamericana*, 35, 2013, p. 17.

⁶³ CASSESE, S., *El derecho global: justicia y democracia más allá del Estado*, Derecho global, 2011, pp. 267-290.

⁶⁴ QUESADA, F., *Ciudad y ciudadanía: senderos contemporáneos de la filosofía política*, Trotta, 2008.

cuanto pueden ser utilizadas para diseñar una nueva representación de la subjetividad y ciudadanía de menores y adolescentes. El reconocimiento de sus aportaciones no elimina la necesidad de mostrar sus insuficiencias y silencios, entre los que cabe destacar las demandas de la niñez y adolescencia migrante.

El problema fundamental que hemos hallado en la teoría comunitarista⁶⁵ y en las teorías multiculturales que toman a la migración como un elemento clave para superar la visión limitada y localista que encerraba la noción de ciudadanía en el marco del Estado-nación, entre cuyos autores cabe destacar Will Kymlicka⁶⁶, Yasemin Nuhoglu Soysal⁶⁷, José Carlos Luque Brazán⁶⁸, Stephen Castles y Alastair Davidson⁶⁹, Rainer Bauböck⁷⁰, y Saskia Sassen⁷¹, es que sus propuestas solo toman como modelo de referencia la

⁶⁵ Con respecto a la teoría comunitarista Santiago Juárez afirma «la concepción del ciudadano que surge es muy distinta a la liberal, y se caracteriza por otorgar una importancia fundamental a la pertenencia del individuo a una comunidad específica» (SANTIAGO JUÁREZ, R., «El concepto de ciudadanía en el comunitarismo», *Revista Mexicana de derecho constitucional*, 23, 2010, pp. 153-174).

⁶⁶ Kymlicka destaca entre los pluralistas culturales al centrarse en contradecir la existencia de una ciudadanía mono cultural. Su propuesta más significativa fue la ciudadanía multicultural, una ciudadanía en la que tienen cabida y reconocimiento múltiples culturas, en especial de los grupos marginados [KYMICKA, W. (1996), *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós Ibérica, 1996].

⁶⁷ La noción de ciudadanía posnacional de Soysal trata de resignificar la ciudadanía a partir del fenómeno migratorio. Defiende la necesidad de incluir a los inmigrantes en la noción de ciudadanía, en cuanto que el modelo del Estado-nación está agotado como factor de cohesión y sentido de la ciudadanía ante los fenómenos migratorios (SOYSAL, Y. N., *Limits of citizenship: migrants and postnational membership in Europe*, University of Chicago Press, 1994).

⁶⁸ Luque Brazán propone una ciudadanía que se adecue a la diversidad de categorías de migración que existen entre las que menciona la migración laboral, política y poscolonial, y con cada una de las estratificaciones de emigrantes entre los que señala a los legales temporales o definitivos, refugiados políticos, emigrantes ilegales, ciudadanos de las excolonias, y ciudadanos de los mercados comunes [LUQUE BRAZÁN, J. C., «De la Ciudadanía Nacional a la Ciudadanía Postnacional: Globalización, Derechos Humanos y Multiculturalismo», *Fusda*, 2006, p. 118].

⁶⁹ Castles y Davidson sostienen que la población migrante no es la única que vive y construye su identidad desde diversas comunidades, la de origen y la de acogida, también lo hacen los miembros de las comunidades nacionales, pues al viajar, al negociar, al estudiar en otros países traspasan fronteras y viven en más de una sociedad, lo que da lugar a individuos que encierran en sí múltiples identidades. Una realidad que no puede ser ignorada al analizar el sentido que debe tener la ciudadanía en plena globalización (CASTLES, S., y DAVIDSON, A., *Citizenship and Migration. Globalization and the politics of belonging*, Macmillan Press, 2000).

⁷⁰ Bauböck propone la noción de ciudadanía desnacionalizada que trata de desvincular la nacionalidad de la ciudadanía, de tal manera que la residencia se convierta en el vínculo entre la persona y el Estado, para que éste le garantice sus derechos, incluidos los políticos (BAUBÖCK, R., *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam University Press, 2006).

⁷¹ Sassen apuesta por una ciudadanía vinculada esencialmente a la dignidad humana y a los derechos humanos en un contexto de gobernanza económica global en el que ha surgido la sociedad internacional. Defiende que el orden social y la protección de los derechos humanos de sus componentes debe ser objeto de negociación y acuerdo con la economía global como única salida para paliar las nuevas lógicas de

migración adulta, sin distinguir por razón de sexo o edad. La ignorancia de estos dos relevantes factores de subdiscriminación y vulnerabilidad los lleva a no ver la especificidad que presentan las personas migrantes en las que concurren estas dos causas discriminatorias, y la imposibilidad de asimilar la migración de adultos hombres con la migración de niñas, adolescentes y mujeres, y la de menores no acompañados. Estas teorizaciones repiten la misma representación de la migración que tienen las teorías tradicionales. Olvidando que los niños, niñas y adolescentes se ven más afectados que los adultos migrantes por la economía global, y por las violencias sociales y estructurales del Estado de acogida. Además, dada su condición de menor y de ser una persona en desarrollo, las medidas erróneas adoptadas afectarán a su futuro y destino personal. De ahí que reivindicemos que los MENA deben ser tratados jurídicamente ante todo como lo que son, menores, y no como simples inmigrantes irregulares.

Tampoco las teorías feministas que ponen en valor las diferencias, como es el caso de Iris Marion Young⁷², toman en consideración la especificidad que tienen los menores, y en especial los MENA. Young destaca la importancia del género, la raza, la cultura, el mercado, como elementos significativos a la hora de determinar las violencias estructurales o institucionales que sufren los grupos subdiscriminados, pero no introduce la edad, ni toma en consideración la necesidad de dar reconocimiento en la ciudadanía a niñas, niños y adolescentes. Igual ocurre con las críticas llevadas a cabo por Robert Dahl⁷³ con respecto al modelo actual de democracia y ciudadanía. Ni siquiera las teorías de gobernanza global, entre cuyos autores críticos destacamos David Held⁷⁴, Claudia Sofía Parada Barrera⁷⁵, y Adela Cortina⁷⁶, logran incor-

expulsión de masas de personas en sociedades donde se produce una selección salvaje de quiénes las conforman (SASSEN, S., *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Rústica, 2015, pp. 11-14).

⁷² Crea la noción de ciudadanía diferenciada intentando acabar con la noción androcentrista de ciudadanía y dar entrada a la diferencia en la política (*op. cit.* YOUNG, I. M., 2000, p. 286 y 296).

⁷³ Dahl inventa la noción de ciudadanía democrática. Visibilizó al colectivo de las mujeres como la mitad de los adultos excluidos de pleno derecho de la noción de ciudadanía utilizada hasta hace 4 generaciones, en torno al final de la 1.ª Guerra Mundial (DAHL, R., *La democracia una guía para los ciudadanos*, Taurus, 1998, p. 9).

⁷⁴ Held incorpora la noción de «ciudadanía cosmopolita». Esta noción de ciudadanía toma en consideración los múltiples ámbitos de gobernanza de los derechos humanos. Considera que los líderes políticos son responsables por sus decisiones políticas en los distintos planos de gobernanza global ante los ciudadanos, y la cultura nacional se ve difuminada en este ámbito de gobernanza global (HELD, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, 1997, pp. 265-334).

⁷⁵ Complementado a la anterior tipología de ciudadanía surge la ciudadanía global en la que se destaca la incursión de nuevos actores sociales y políticos que superan la noción de ciudadanía restringida al ámbito del Estado, en cuanto que ahora son ciudadanos del mundo (PARADA BARRERA, C. S., «Hacia un nuevo concepto de ciudadanía global», *Via Iuris*, 2009, pp. 98-111).

⁷⁶ Cortina crea la noción de ciudadanía intercultural tratando de visibilizar la realidad social actual en la que se hace necesario modificar la ciudadanía para sol-

porar en sus críticas a los menores de edad y sus reivindicaciones, a pesar de centrar sus críticas en la ciudadanía y en la necesidad de diluir el nacionalismo dominante, para dar entrada a la diversidad de culturas y a los nuevos actores sociales y políticos que ha generado la gobernanza global. También se ignora un hecho relevante, el incremento constante de personas que poseen, fruto de la migración, la doble nacionalidad en las sociedades actuales.

En cuanto a las teorías de la infancia moderna todas tienen como objetivo poner fin a las políticas neoliberales, al Estado mínimo y al adultocentrismo hegemónico en las categorías personales básicas a nivel jurídico-político. La relevancia de estas teorías radica en que pretenden de-construir la vulnerabilidad jurídica que sufren menores y jóvenes, en cuanto no son ciudadanos. Entre los retos a los que se enfrentan cabe destacar la necesidad de conformación de un nuevo vínculo entre política, juventud y cultura para atender a las necesidades de las sociedades y Estados actuales⁷⁷. Para alcanzar este objetivo Jens Qvortrup propone utilizar la misma estrategia y discurso utilizado por el feminismo para ensanchar la ciudadanía y dar en ella entrada a las mujeres. Al igual que en su momento hizo el sufragismo, se destaca que las niñas, niños y jóvenes representan la mitad de la población sobre todo en zonas como Iberoamérica, y que llevan a cabo tareas relevantes y responsabilidades en el seno de la familia y en la sociedad, aunque las políticas se hacen sin ser escuchados e incluso en contra de sus intereses, necesidades y derechos⁷⁸.

Las y los menores y adolescentes, se defiende, no deben ser considerados una minoría, ni un colectivo, son una parte importante y fundamental de la sociedad, es más, son el futuro. Por consiguiente, el Estado para fortalecer su legitimidad no puede ignorarlos y menos aún no otorgarles estatus de ciudadanía. Argumentan que minusvalorar a esta parte de la sociedad deslegitima los argumentos incluso de aquellos que tratan de justificar la obediencia debida al Derecho y a las decisiones de las instituciones públicas con base en el principio de las mayorías.

Debemos tener en todo momento en cuenta que las categorías jurídicas y políticas y los conceptos y teorías que las conforman no son estáticos, son históricos y por esta razón están sometidos a conti-

ventar los conflictos sociales ocasionados por la existencia de personas con doble ciudadanía en comunidades transnacionales, en Estados con subunidades políticas que pretenden ser nacionales, y en Estados en los que la presencia migrante es muy significativa (CORTINA, A., «Ciudadanía Intercultural», *Philosophica*, 27, 2006, pp. 7-15).

⁷⁷ OCAMPO, A. M., «Ciudadanía juvenil, juventud y Estado: Discursos de gobierno sobre sus significados», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 1 (9), 2011, pp. 287-303.

⁷⁸ QVORTRUP, J., «Sociology: Societal Structure, Development of Childhood, and the Well-Being of Children», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, Springer, 2014, pp. 663-707.

nuas resignificaciones, tanto desde el poder como desde la sociedad. No existe ninguna cultura incontaminada o propia a proteger, o a salvaguardar de la influencia de otras, porque todas las culturas que existen en el mundo, incluso aquellas que se presentan como naturalizadas, están influidas por otras, y ninguna encierra esencias humanas a proteger. Lo que debemos hacer es promover y salvaguardar los principios éticos y políticos que encierran las diferentes narrativas sobre derechos humanos, los consensos políticos internacionales establecidos en los Tratados y Convenciones sobre ellos, porque simbolizan y son el marco ético y político mínimo para proteger por todos los Estados. Es decir, son las líneas rojas que no pueden atravesarse, porque el hacerlo supondría poner en riesgo a la familia humana en su dignidad y derechos básicos.

Debemos poner fin a la creencia de que el bienestar de unos pocos es suficiente garantía para la seguridad de todos. La injusticia, la desigualdad y la discriminación son los acelerantes que hacen prender las violencias sociales y fomentan la inseguridad ciudadana. Fomentar una buena vida en común, para todas y todos, es la mejor garantía para la seguridad y el bienestar de cualquier sociedad, con independencia de la edad, sexo o grupo étnico al que se pertenezca. Si queremos seguir manteniendo vinculada la democracia a un sistema de mayorías es necesario que resignifiquemos los viejos conceptos de ciudadanía e identidad cultural para dar entrada en ellos a las y los jóvenes, permitiéndoles participar de forma activa en la vida social y política⁷⁹. En este marco de reivindicaciones se sitúan las teorías sobre la ciudadanía juvenil. Unas teorías que denuncian la exclusión de las niñas, niños y jóvenes de la vida social y política, al considerarlos un proyecto de persona y no como una persona en sí. Además, revisan la noción de autonomía y la construcción identitaria de las chicas y chicos jóvenes, diferenciándolos de las niñas y niños⁸⁰. Estas teorías debaten sobre los derechos que deben serles reconocidos a los adolescentes, entre los que mencionan los derechos políticos, incluido el derecho al voto, los derechos sexuales y reproductivos y el derecho al trabajo⁸¹. También realizan una crítica al vínculo entre ciudadanía y titularidad de derechos y libertades, y mencionan que la ciudadanía juvenil está aún en construcción reconociéndoles el derecho a recibir información, a la libertad ideológica, el derecho de asociación, y la dimensión política de la ciudadanía del menor de edad. Los menores deben ser reconocidos como sujetos titulares de dere-

⁷⁹ ERIKSON, E., *Identity: Youth and Crisis*, Norton & Company, 1994.

⁸⁰ HARTUNG, C., *Conditional Citizens Rethinking Children and Young People's Participation*, Springer, 2017, pp. 11-76.

⁸¹ LIEBEL, M., «Sobre la historia de los derechos de la infancia», en *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Ifejant, 2011, pp. 23-40.

chos constitucionales⁸². Esto supone: «pensar hoy el tema de la ciudadanía y particularmente de la ciudadanía juvenil, exige serias reflexiones y reconstrucciones críticas en torno a saberes y conceptos edificados históricamente, sobre las bases de unas particulares maneras de comprender la cultura, la sociedad y la política»⁸³. En otras palabras, superar las viejas construcciones del pasado para integrar en ellas a los grupos sociales excluidos.

El hecho de que los textos internacionales actuales hayan incorporado nuevos enfoques sobre la niñez y la adolescencia con respecto a los tradicionales nos lleva a plantearnos si éstos son o no suficientes⁸⁴. Hemos defendido la necesidad no solo de transformar el concepto tradicional de ciudadanía y de sujeto con derechos, también la necesidad de llevar a cabo la construcción del concepto propio de «ciudadanía juvenil», donde queden integrados los cambios de desarrollo del ser humano y los derechos reivindicados por menores y adolescentes, especialmente los MENA. El concepto de ciudadanía juvenil además de dar acceso y reconocimiento a las y los jóvenes a la ciudadanía y a la participación activa en el diseño de las políticas públicas relacionadas con la niñez y la adolescencia, también incorpora de forma implícita un nuevo modelo social y político en el que la diversidad y la heterogeneidad no son reprimidas.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A modo de conclusión general, sostenemos que hay que desarrollar cambios jurídicos y políticos en el seno de los Estados en los que se interrelacionen las políticas anti-subordinación en el tema de los MENA con las políticas que tratan de paliar las vulnerabilidades de estos menores y adolescentes. No podemos confundir una situación con otra, aunque en muchas ocasiones tengan causas comunes.

Para realizar dichos cambios habrá que tener en cuenta los múltiples factores de vulnerabilidad y de discriminación de cada sujeto como individuo y como parte de un grupo discriminado. En primer lugar, consideramos que se debe apostar por una política migratoria juvenil adaptada a la realidad de los nuevos flujos migratorios actuales y por una ciudadanía juvenil intercultural. Y, en segundo lugar, se deben tomar como principios rectores los establecidos en el seno del marco internacional porque son los únicos que rompen con las violencias estructurales estatales que golpean a los menores y en particular a

⁸² VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, *op. cit.*, 2009.

⁸³ HERRERA, M. C., y MUÑOZ GAVIRIA, D. A., «¿Qué es la ciudadanía juvenil?», *Acciones e investigaciones sociales*, 26, 2008, p. 191.

⁸⁴ ZUKAUSKIENE, R., «Adolescence and well-being», en *Handbook of Child Well-Being: Theories, Methods and Policies in Global Perspective*, 2014, pp. 175-177.

los menores migrantes. Entre estos principios caben destacar: el de no discriminación, igualdad, derecho a ser escuchado, interés superior del menor, y seguridad jurídica. Estos principios mencionados deben ser el motor de cambio en cada uno de los procedimientos administrativos o judiciales que afectan a los menores migrantes no acompañados. Sirva a modo de ejemplo recordar que no hay establecido por la legislación de protección de menores ningún límite temporal para la asunción de la tutela de un menor extranjero no acompañado que no sea retornado en el plazo máximo de 3 meses (Capítulo VI, apartado 3.1, letra a del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con menores extranjeros no acompañados). Un vacío jurídico que les genera la incertidumbre y ansiedad a los adolescentes con edades cercanas a la mayoría de edad, repercutiendo en su salud mental.

La inseguridad jurídica junto con el alto nivel de desprotección en el acceso al derecho de residencia de los adolescentes extranjeros no acompañados, y la dilación indebida en este derecho, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de estos menores. El interés superior del menor extranjero no acompañado en situación irregular en este caso está en el establecimiento del límite legal máximo de 3 meses para que, si no se ha llevado la reintegración familiar del menor en el país de origen, desde Fiscalía, tal y como considera la Fiscal del Tribunal Supremo Consuelo Madrigal, se empuje a la Administración autonómica a la declaración de desamparo. Un plazo de 3 meses que está avalado también por la legislación administrativa (art. 21.3 de la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas). Además, este límite temporal está en consonancia con las conclusiones del Abogado General del TJUE, de 2 de julio del 2020, en el Asunto C-441/19 (pendiente de Sentencia), quien afirma: «los Estados miembros deben velar por la disponibilidad de procedimientos de determinación del estatuto de los menores no acompañados que no sean retornados. Este enfoque puede reducir las zonas grises y mejorar la seguridad jurídica de todas las partes interesadas. Más aún, el enfoque propuesto representa una solución duradera dirigida a ofrecer a los menores cierta normalidad y estabilidad a largo plazo» (Conclusiones Abogado General. Asunto C-441/19, párr. 106).

No solo defendemos la agilización de la documentación de estos menores que no son retornados en un plazo máximo de 3 meses, sino que también consideramos que, a los adolescentes de 16 y 17 años, tal y como viene establecido en la Instrucción DGM 9/2020, se les documente con una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. De esta manera se les estaría reconociendo la ciudadanía económica para que tengan garantizado el desarrollo de su personalidad y la integración social.