



Papeles el tiempo de los derechos

LA DETENCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL CONSEJO DE EUROPA

Juan Manuel López Ulla
Universidad de Cádiz

Palabras Clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; menores extranjeros no acompañados; detención; solución duradera de futuro

Número: 11 Año: 2013

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

LA DETENCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL CONSEJO DE EUROPA

Juan Manuel López Ulla¹
Universidad de Cádiz

Sumario.- I. Introducción. II.- Sobre el acceso de los menores al TEDH y la “obligación positiva” de no dejarles en desamparo. III.- La detención de un menor como trato inhumano o degradante. III.1.- Condiciones en las que un menor puede quedar privado de libertad. III.2.- La Sentencia *Rahimi c. Grecia* (5 de abril de 2011).- IV.- Proyectos de vida para menores migrantes no acompañados: la pretendida solución duradera de futuro.- V.- Epílogo. Pendientes de una respuesta política clara.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea y el Consejo de Europa constatan el incremento del número de niños y jóvenes que de manera irregular llegan solos a Europa quedando en una situación de especial vulnerabilidad². La Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria, estima que son aproximadamente 100.000, sobre todo varones de entre 14 y 17 años de edad, pero las únicas cifras fiables disponibles son la de los niños que solicitan asilo³. En la medida en que la inmigración ilegal es por definición un fenómeno no controlado, es difícil contar con datos estadísticos que reflejen fidedignamente la realidad⁴.

¹ Este trabajo se lleva a cabo en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, "El tiempo de los derechos, HURI-AGE, CSD2008-0007". Fruto de esta primera aproximación al tema han sido dos artículos que se publicarán en el núm. 32 de la *Revista Teoría y Realidad Constitucional* y en el núm. 46 de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*.

² Así lo reconoce la Recomendación CM/Rec(2007)9 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre proyectos de vida para menores migrantes no acompañados (aprobada por el Comité de Ministros el 12 de julio de 2007 en la reunión número 1002 de los Representantes de los Ministros).

³ El Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014) reconoce que no existen “datos completos, fiables y comparables”, señalando que sería conveniente que las estadísticas abarcaran a todos los menores no acompañados, no solo a los que solicitan asilo. Por su parte, el doc. núm. 12539 (2011), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa señala que “de acuerdo con el informe de la UNHCR, sobre 15000 menores no acompañados y separados solicitaron asilo en la UE, Noruega y Suiza en 2009. Pero parece que ésta sólo es la punta del iceberg de los menores no acompañados que actualmente están necesitados de protección en Europa”. En el mismo sentido véase también la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

⁴ En España tenemos datos sobre los menores con permiso de residencia menores de 16 años: según el estudio presentado en junio de 2012 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Observatorio

En este “*working paper*” vamos a subrayar la preocupación de la Unión Europea y del Consejo de Europa por la situación en la que quedan los menores extranjeros no acompañados cuando son detenidos a causa de la irregularidad de su situación administrativa⁵. Que en 2012 las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (1999) todavía representen un reto, y que los objetivos propuestos en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 sean los mismos que enuncian los documentos que sobre los derechos de los menores extranjeros no acompañados se han aprobado en los tres últimos años, en buena medida así lo demuestra⁶.

Desde hace tiempo, la Unión Europea, las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y diversas Organizaciones no Gubernamentales vienen advirtiendo no solo las dificultades que los menores extranjeros no acompañados encuentran para ejercer sus derechos sino más aún, las lesiones a las que de ordinario éstos están sometidos⁷. Empero, en 2011 la

Permanente de la Inmigración, con datos a fecha de 31 de marzo de 2012, en el régimen comunitario eran el 9,11% (esto es, 233.616), y el 18,58% en el régimen general (esto es, 507.531).

⁵ Utilizamos los conceptos de “Niño”, “Menor no acompañado”, “Nacional de un tercer país”, y “Situación irregular” con el significado que les dan: el art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; la Observación General núm. 6 (2005) del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de los niños, relativa al “trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”; la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 4 de julio de 2006, COM(2006) 367 Final, con el título “Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia”; el art. 1 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros [97/C 221/03]; el art. 2.f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; el art. 2 h) de la Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; y el art. 3 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular).

⁶ Nos referimos a la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03). En cuanto al Consejo Europeo de Tampere, reunido los días 15 y 16 de octubre de 1999 con carácter especial para tratar la creación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en él se definió la Política Común de Inmigración a partir de lo propuesto por el Plan de Acción de Viena, quedando configurada por tres ejes aglutinantes: codesarrollo (asociación con los países de origen), gestión de los flujos migratorios y trato justo y derechos comparables para los residentes legales.

⁷ Así se reconoce en varios documentos. En el marco de la Unión Europea, véanse: el art. 3.2 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros; en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 4 de julio de 2006, COM(2006) 367 Final, con el título *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*; la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”, de 20 de diciembre de 2007, que advierte de la necesidad de proteger a los menores no acompañados de la delincuencia organizada (punto 126); el art. 3.9 de la Directiva 2008/115/CE, y en el art. 17.1 de la Directiva 2003/9/CE. En el marco de Naciones Unidas, véase la Observación General n. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño. Y en el marco del Consejo de Europa: el punto 2 de la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria; el punto 12.4 de la Resolución 1805 (2011), de 14 de abril, que lleva el título de “*La prolongada llegada de migrantes*”

Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa hay tenido que recordar que el punto de partida de las políticas europeas ha de ser la protección de los menores más que el control de la inmigración, lo que deja al descubierto una falta de voluntad política al más alto nivel⁸.

La Unión Europea y el Consejo de Europa, que coinciden en esta diagnóstico, califican de cuestión política prioritaria la necesidad de proteger a los menores extranjeros no acompañados. En los tres últimos años (2010-2012) varios documentos advierten del incumplimiento sistemático de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), subrayando, por lo que ahora más nos interesa, la necesidad de salvaguardar los derechos de menor extranjero irregular detenido. Nos estamos refiriendo especialmente a la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁹, al *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*¹⁰, y al Programa de Estocolmo (2010)¹¹. En ellos nos vamos a centrar especialmente en este trabajo, pero también en la STEDH en el caso *Rahimi c. Grecia* (abril de 2011), que además de recordar la doctrina sobre las condiciones en las que un menor puede ser detenido, reconoce por vez primera que dejar sin asistencia o en

irregulares, solicitantes de asilo y refugiados a las orillas de Europa del Sur”; la Recomendación 1596 (2003) sobre la situación de los jóvenes migrantes en Europa; y la Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para menores solicitantes de asilo.

⁸ Véase el apartado 5 de la Resolución 1810 (2011), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. El apartado tercero de esta Resolución recuerda que las Recomendaciones 1596 (2003) y 1703 (2005) de la Asamblea ya expresaron su preocupación por que el principio del interés superior del menor sea efectivamente la consideración primordial a la hora de tomar cualquier decisión en relación con un menor, advirtiendo sobre la conveniencia de armonizar las leyes nacionales relativas a la guarda legal de los menores y de establecer regímenes coherentes y efectivos para los menores solicitantes de asilo o víctimas del tráfico de seres humanos. La Asamblea reconoce que “lamentablemente, poco se ha avanzado en este terreno”. Véase también el Sumario del Documento preparatorio 12539, de 21 de marzo de 2011 del Comité de Migración, Refugiados y Población, que lleva el mismo título. Estos documentos de la Unión y del Consejo insisten una y otra vez en que los menores extranjeros **no acompañados** “representan un grupo particularmente vulnerable que requiere una mayor atención y respuestas específicas” (véase el apartado 6.1.7 del Programa de Estocolmo *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* [2010/c 115/01], aprobado por el Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009; la Directiva 2008/115/CE y la Directiva 2003/9/CE, ya citadas). Por su parte, el TEDH en varias ocasiones también ha recordado que los niños debieran ser objeto de una especial protección, especialmente cuando son inmigrantes ilegales no acompañados. Véase la relación de Sentencias que acompañamos en la nota a pie de página núm. 31.

⁹ Véase también, el doc. núm. 12539 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ya citado; y sobre este mismo documento, la Recomendación 1969 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo SEC(2010)534.

¹¹ El Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo, COM(2010) 171 final, que lleva por título “*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*”[Diario Oficial nº C 115 de 4/5/2010].

desamparo a un menor que abandona el centro de internamiento una vez dictada la orden de expulsión, representa un trato inhumano o degradante. Hasta la fecha nunca se había declarado la lesión del artículo 3 del CEDH por este motivo¹².

La modificación radical que experimenta el estatuto jurídico del menor cuando alcanza la mayoría de edad es otro tema en el que ahora no podremos detenernos pero que con calma debiera ser estudiado. Se trata de un cambio extraordinariamente relevante que se produce de un día para otro, pues, como es sabido, al cumplir los dieciocho años se pierden todas las garantías que se derivan de la minoría de edad. Sin permiso de residencia, el hasta entonces menor se transforma en inmigrante irregular, sus derechos ya no son equiparables al de los nacionales y el principio del interés superior del menor no se le aplicará más.

Al menor, este cambio de estatuto jurídico es lo que más le preocupa. Hasta tal punto que antes las pocas expectativas de permanecer en el país una vez cumplida la mayoría de edad, muchos optan por abandonar los centros de acogida antes de tiempo, quedando absolutamente desprotegidos¹³. Para suavizar tales efectos quizás pudiera establecerse un periodo transitorio en forma de prórroga que les permitiera bien continuar su formación, bien acceder al mercado de trabajo¹⁴. En esta dirección, la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa reconoce que esta “innecesaria presión psicológica” a tan temprana edad puede afectar al desarrollo personal del menor, por lo que, apoyándose en el art. 6 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aconseja que más allá de los dieciocho siga estableciéndose durante un cierto tiempo algún tipo de régimen más favorable¹⁵.

II.- SOBRE EL ACCESO DE LOS MENORES AL TEDH Y LA “OBLIGACIÓN POSITIVA” DE NO DEJARLES EN DESAMPARO

Antes de centrarnos en las condiciones en las que los menores extranjeros no acompañados pueden ser detenidos y retornados, vale la pena recordar la fuerza determinante del CEDH en la materia objeto de nuestro estudio.

¹² *Rahimi c. Grecia*, 5 de abril de 2011, parágrafos 92, 94 y 95.

¹³ Así lo reconoce el punto 87 del doc. 12539 (2011), cit..

¹⁴ En este sentido, el doc. 12539 (2011) del Consejo de Europa, que al respecto se remite a PICUM (2008): 81.

¹⁵ Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, punto 7.

“Las Altas Partes Contratantes *reconocen* a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título primero del Presente Convenio”, reza el artículo primero del CEDH. Se trata de una declaración de suma importancia porque a diferencia de lo que es habitual en los textos internacionales de esta naturaleza, el precepto no recoge una declaración programática, no se refiere a un compromiso de futuro, ni fija un objetivo deseable en el que haya que poner todo el empeño. Se trata de un documento vinculante. No cabe ambigüedad alguna a este respecto, por lo que se han de establecer las garantías que sean precisas para preservar de manera efectiva los derechos reconocidos en el CEDH.

Aunque el CEDH no tiene ningún precepto que de manera específica se refiera a los niños o a los jóvenes, no cabe duda de que los menores extranjeros también son titulares de los derechos y libertades que en él se reconocen, no existiendo tampoco diferencia alguna por lo que al acceso al TEDH se refiere. Así se deriva del art. 1 antes citado y también del art. 34: “cualquier persona” que se considere víctima de una violación de alguno de los derechos en ella reconocidos por parte de alguna de las partes contratantes podrá apelar directamente ante el Tribunal presentando la correspondiente demanda. Basta, pues, con que el derecho se recoja en el Convenio, con que la lesión se haya producido en el territorio de alguno de los Estados signatarios y que la denuncia se plantee de acuerdo con el procedimiento establecido. Los menores, con independencia de su nacionalidad, de su situación administrativa o de cualquier otra circunstancia están legitimados para recurrir sin intermediarios ante este Tribunal.

Ahora bien, niños y jóvenes tienen en la práctica mayores dificultades para recurrir ante el TEDH. Mucho más si son extranjeros en situación administrativa irregular. No son solo obstáculos de carácter económico, social o cultural los que a menudo dificultan el acceso. Algunos ordenamientos nacionales no reconocen la capacidad del menor para acudir por sí solos ante la jurisdicción ordinaria. Y en la medida en que para recurrir ante la Corte de Estrasburgo se precisa con carácter previo agotar todas las posibilidades de recurso en Derecho interno, tal falta de legitimación viene a significar la negación práctica del derecho de acceso al Tribunal que el artículo 34 reconoce a toda persona, desactivando en consecuencia para este colectivo el reconocimiento universal que el artículo 1 proclama.

Existen herramientas para superar tal dificultad, como el propio TEDH ha reconocido: del sometimiento de todos los poderes públicos a la ley (en el sentido más amplio de la expresión) se deriva no solo “la obligación negativa” del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también “la obligación positiva” de darles efectividad, de contribuir a su vigencia efectiva¹⁶. Ya sea actuando sobre la ley, esto es, operando las modificaciones normativas que se adviertan convenientes, ya sea corrigiendo las posibles derivaciones fácticas del sistema, hay que tratar de disminuir tanto como se pueda las posibles situaciones de peligro a las que se enfrentan estos menores. Es por tanto una obligación arbitrar fórmulas capaces de esquivar inconvenientes como éste de la legitimación para recurrir al Tribunal. Así lo exigen los arts. 3.2 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño: los Estados Partes han de adoptar “todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” para protegerles.

Como ha señalado el TEDH, el CEDH se ha de concebir como un instrumento vivo, capaz de responder a las amenazas que cada vez de manera más sofisticada acechan sobre los derechos. A parte de las modificaciones convencionales que de manera puntual se consideren convenientes, sobre el TEDH recae en buena medida la responsabilidad de garantizar de manera efectiva que así sea. Y no habrá otra forma de hacerlo que a través de una interpretación abierta, dinámica, progresiva, finalista y teleológica de la Carta de Derechos¹⁷.

En esta dirección de no dejar sin amparo a los menores, el Tribunal ya ha reconocido la posibilidad de que un menor sin capacidad jurídica según su ley nacional, pueda acudir al TEDH sin estar representado por un tutor o curator (Sentencia *A. c. Reino Unido*, de

¹⁶ En este sentido, SSTEDH en el asunto *K.A.B. c. España*, de 10 de abril de 2012, párrafo 95; *Odièvre c. Francia*, de 13 de febrero de 2003, párrafo 29; *Jäggi c. Suiza*, de 13 de julio de 2006, párrafo 25; *X y Backlund c. Finlandia*, de 6 de julio de 2010, párrafo 37. En relación con este concepto de “obligación positiva” en el marco del Consejo de Europa, véase, AKANDJI-KOMBE, J-F (2007).

¹⁷ “*The Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*”: entre otras, *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, párrafo 31; *Soering c. Reino Unido*, 7 de Julio de 1989, párrafo 102; *Loizidou c. Turquía*, 23 de marzo de 1995, párrafo 71; *Selmouni c. Francia*, 28 de julio de 1999, párrafo 101; *Scozzari y Giunta c. Italia*, de 13 de julio de 2000, párrafo 138; *Mubilanzila y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006, párrafo 48. Entre las más recientes, *K.A.B. c. España*, de 10 de abril de 2012, párrafo 96, que al respecto recuerda lo ya señalado en la Sentencia *Artico c. Italia*, de 13 de mayo de 1980, párrafo 33. Así, por ejemplo, ciertos actos que en el pasado fueron clasificados como tratamientos inhumanos y degradantes, podrían ser clasificados de manera diferente en el futuro (*Selmouni c. Francia*, 28 de julio de 1999, párrafo 101); y también en *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga c. Bélgica*, 12 de octubre de 2006, párrafo 48.

23 de septiembre de 1998)¹⁸; y en otro caso condenó a Holanda por dejar sin protección a una joven de 16 años mentalmente incapacitada cuyo padre no pudo iniciar un procedimiento penal en nombre de su hija Sentencia (*X e Y c. Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985). Por lo que al acceso al Tribunal se refiere, consideramos que se podría aprovechar la referencia a las organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos, que hace el art. 34 del CEDH antes citado, para que éstas pudieran asumir la defensa de estos menores¹⁹. Ninguna lesión debiera quedar sin respuesta.

III.- LA DETENCIÓN DE UN MENOR COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE

III.1.- Condiciones en las que un menor puede quedar privado de libertad

A la hora de evaluar si el artículo 3 del CEDH ha sido violado a raíz de una detención, el Tribunal a menudo recuerda que “el trato degradante ha de tener un mínimo nivel de gravedad (*“ill-treatment must attain a minimum level of severity”*). La determinación de este “umbral” no puede determinarse con carácter general y abstracto sino que por principio es relativo. A estos efectos, el Tribunal considera que no se conculca el art. 3 CEDH cuando la privación temporal de libertad no provoca en el detenido un sufrimiento mayor al normal e inevitable en una medida de esta naturaleza, lo que se habrá de juzgar en función de las circunstancias concretas que se presenten en cada caso. Entre los elementos a valorar, el Tribunal se refiere a la edad y el sexo de la víctima, a su estado de salud, a la duración mayor o menor del tratamiento denunciado, a los efectos físicos y/o mentales (o psicológicos) que le hubiesen podido provocar, a los motivos que le hubiesen llevado a abandonar su país, a la circunstancia de que se encuentre solo o acompañado de algún familiar o allegado, y a cualquier otro que al efecto se considere relevante²⁰.

¹⁸ Este caso trataba de un menor que había sido golpeado por su abuelo. Al respecto también es de interés la Sentencia *Giusto, Bornacin c. Italia*, de 15 de mayo de 2007, donde se considera de relevancia la relación que el menor tenga con su representante.

¹⁹ Véase al respecto, *Scozzari y Giunta c. Italia*, de 13 de julio de 2000, parágrafo 138: el Tribunal considera que una madre privada de la patria potestad tiene, en su cualidad de madre biológica, la legitimidad para recurrir a la Corte en nombre de sus hijos con la finalidad de proteger sus intereses cuando existe un conflicto con la persona que tiene asignada la tutela de los hijos.

²⁰ En este sentido, *Rahimi c. Grecia*, parágrafo 86; *Labita c. Italia*, parágrafo 120; *Price c. Reino Unido*, parágrafo 24; *Mikadze c. Rusia*, de 7 de junio de 2007, parágrafo 108; *Assenov y otros c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998, parágrafo 94: “the assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim”. Véase también, entre otras, *Raninen c. Finlandia*, 16 de diciembre de 1997, parágrafo 55; *Tekin c. Turquía*, 9 de junio de 1998, párrafos 52 y 53; *Bati y otros c. Turquía*, 3 de junio de 2004, párrafos 113-120; *Mubilanzila Mayeka y Kaniki*

Pues bien, aún reconociendo las dificultades que tienen los Estados situados en las fronteras exteriores de la Unión Europea a causa del aumento de la presión migratoria, el TEDH subraya que esta realidad no mitiga la responsabilidad del Estado que del art. 3 CEDH se deriva²¹. Esto es, por numerosos que sean los inmigrantes cuya irregularidad en el territorio se adviertan, el art. 3 de la Convención obliga a que las detenciones se efectúen en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana.

Cuando el extranjero es un menor, hemos de partir de lo dispuesto en el art. 37 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo “de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”²². Estas tres condiciones (medida extraordinaria adoptada conforme a Derecho y por el menor tiempo posible) no son suficientes, sin embargo, para fundamentar la legalidad de la resolución, pues hay una consideración de primer orden que las autoridades habrán de valorar sobre todas las demás a la hora de tomar cualquier decisión: el interés superior del niño (art. 3.1 CEDH). Cualquier discusión sobre el estatus o situación administrativa de los menores migrantes no documentados habrá de partir de esta consideración básica: un menor inmigrante es sobre todo y antes de nada un niño. Así lo asumen la Unión Europea y el Consejo de Europa en varios de sus documentos²³.

Una vez detenido, el menor ha de ser tratado “con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona, teniendo presente las necesidades propias de las personas de su edad”, considerándose a estos efectos que, a menos que el interés superior del menor aconseje lo contrario, todo niño privado de libertad debe estar

Mitunga c. Bélgica, 12 de octubre de 2006, párrafo 48; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 21, de enero de 2011, párrafos 216, y 219 y 220. En el mismo sentido *Kudla c. Polonia*, párrafos 91 y 94; *Riad y Idiab c. Bélgica*, párrafo 100, *Slimani c. Francia*, 27 de julio de 2004, párrafo 27.

²¹ En este sentido, STEDH en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 21 de enero de 2011, párrafos 223 y 224.

²² En este sentido, el art. 17.1 de la Directiva 2008/115/CE señala que: “Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.”

²³ El art. 18.1 de la Directiva 2003/9/CE también subraya que el interés superior del menor debe ser la consideración básica a la hora de aplicar esta directiva a los menores. En el mismo sentido, la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (véase también la Recomendación 1985 [2011] del Comité de Migración, Refugio y Población de la Asamblea Parlamentaria), y el punto 5.1 del doc.12539 del Consejo de Europa, de 23 de marzo de 2011).

separado de los adultos, teniendo derecho “a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales” (art. 37 c) del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño).

El Centro habrá de estar dotado, por tanto, de los profesionales y de los medios apropiados a las necesidades de la edad. Esto es, los menores no pueden ser detenidos en las mismas condiciones que los adultos sino en instituciones, servicios o establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, en los que la competencia de su personal garantice el cumplimiento de las normas en materia de salud, higiene, nutrición, educación, formación profesional, ocio, y en general del bienestar del menor (art. 3.2 y 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Estos requisitos de Naciones Unidas han sido igualmente asumidos por la Unión Europea y por el Consejo de Europa²⁴. A modo de resumen, valgan los criterios que la Recomendación 1985 (2011) señala que se han de tomar en consideración cuando de la detención de un menor extranjero no acompañado se trata²⁵: en principio un niño nunca debe ser detenido, y si hubiera esa necesidad, se ha de atender en primer lugar al interés superior del menor (apartado 9.4.1); sólo cuando no exista otra alternativa, y en los casos previstos por la ley, previa autorización judicial, será posible la detención del menor (apartado 9.4.2); en su caso, la detención habrá de tener lugar durante el menor tiempo posible, y habrá de atender en este caso a las necesidades de la edad del menor (apartado 9.4.3); los menores deben de ser detenidos en centro apropiados, no en las mismas condiciones que los adultos, y no deben ser separados de sus padres o de sus familiares salvo en circunstancias excepcionales (apartado 9.4.5); ningún menor debe ser privado de su libertad exclusivamente por razones relacionadas con su estatus como migrante, y nunca la detención por esta razón puede concebirse como una medida punitiva (apartado 9.4.6); en caso de no estar seguro de la minoría de edad, se le ha de dar el beneficio de la duda (apartado 9.4.7). Es preciso advertir, por último, que el

²⁴ En el marco de la UE, véanse también, el art. 2.3 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, cit.; el art. 17 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, el apartado 39 del Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014). En el marco del Consejo de Europa, los documentos más recientes y relevantes son de la Asamblea Parlamentaria: la Resolución 1707 (2010), de 28 de enero, de detención de solicitantes de asilo y de inmigrantes irregulares en Europa; la Guía del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre menores y justicia, adoptada en 2010; y la Resolución 1810 (2011), cit.

²⁵ Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre de 2011, cit., apartado 9.4. En el mismo sentido la Resolución 1805 (2011), cit., apartado 12.3: no se deben realizar detenciones automáticas a no ser que otra medida alternativa razonable no fuera posible.

Comité de Asuntos Sociales, salud y Desarrollo Sostenible de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa está trabajando en una moción de resolución bajo el título *Menores detenidos* (2012)²⁶ donde se advierte que diversos estudios han demostrado los severos daños psicológicos y psíquicos que la detención genera en los menores, con independencia de que lo sean por un espacio corto de tiempo o por hechos delictivos efectivamente cometidos. Por ello este documento señala que los menores no acompañados no deben ser detenidos cuando la única razón sea la irregularidad de su situación administrativa en el territorio del Estado de acogida.

III.2.- La Sentencia *Rahimi c. Grecia* (5 de abril de 2011)

La primera Sentencia relevante en relación con las condiciones en las que un menor extranjero no acompañado puede ser detenido fue la Sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, de 12 Octubre de 2006 (conocida como sentencia Tabitha, nombre de la niña detenida), donde el Tribunal consideró que la detención de un menor en un centro no apropiado para personas de esa edad representa “una falta de humanidad de tal calibre que alcanza la consideración de trato inhumano” (art. 3 CEDH)²⁷.

Como se recordará, en *Mubilanzila* el Tribunal entendió que tanto la menor como la madre habían sido objeto de un trato inhumano. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal valoró la actitud de las autoridades belgas respecto de la madre. En este caso concreto a la madre tan sólo se le ofreció un número de teléfono para poder hablar con su hija, respuesta que el Tribunal consideró que superaba el grado de severidad suficiente para entender que a ella también se le había conculcado el art. 3 CEDH²⁸. En otro caso similar, sin embargo, en *Mukhaddzhiyeva y otros c. Bélgica* (2010), el Tribunal entendió que por haber quedado los niños ingresados en un centro de adultos

²⁶ *Children in detention*, doc. 12907, cit..

²⁷ Véanse parágrafos 50 y 51. El art. 19.4 de la Directiva 2003/9/CE señala que las personas que trabajen con menores no acompañados deben tener la formación adecuada sobre las necesidades del menor.

²⁸ Véase parágrafo 61 de la *Sentencia Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*; y también al respecto, *Çakici c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, parágrafo 98 y *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, parágrafo 67.

se les había conculcado igualmente el art. 3 CEDH, pero no a la madre, que en ningún momento fue separada de ellos²⁹.

La Sentencia *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, además de recordar esta doctrina, es importante porque por vez primera se declara que dejar a un menor sin ningún tipo de asistencia una vez puesto en libertad, dictada la orden de expulsión, representa un trato inhumano o degradante (art. 3 CEDH). Esta cuestión puntual referida a la situación de desamparo en la que quedan muchos menores cuando salen de los Centros de internamiento consideramos que es de una gran trascendencia pues se trata de una práctica muy habitual que a todas luces atenta contra la obligación que las autoridades administrativas tienen de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño). A partir de esta declaración se debe tomar nota de que la minoría de edad es una circunstancia que ha de condicionar la actitud de la autoridad competente no sólo mientras que el menor esté detenido sino aún después, cuando sale del centro de internamiento. Nunca antes al principio del interés superior del menor se le había dado este alcance o proyección.

La fundamentación jurídica de esta decisión en puridad recurre a los mismos argumentos utilizados en la Sentencia *Tabitha*: la fuerza vinculante que en la materia tiene la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Concretamente, la Corte se apoya en los artículos 3.1, que establece la obligación de tomar en consideración, en cualquier acción relativa a un niño, el interés superior del menor; y en el art. 37.b) que sólo permite la detención de un menor cuando no sea posible aplicar otra medida³⁰. Lo novedoso es que el Tribunal subraya que las autoridades infringieron un trato inhumano o degradante sobre el menor al dejarlo en libertad sin ningún tipo de asistencia. En puridad no se juzgó ley alguna sino la gestión que del fenómeno (la llegada de menores extranjeros) estaban operando las autoridades competentes. Es fundamental que los funcionarios o el personal con competencias en materia de inmigración tomen conciencia de que no adoptar como consideración primordial el

²⁹ *Mukhaddzhiyeva y otros c. Bélgica*, de 19 de enero de 2010, párrafos 56, 58 a 60 y 63.

³⁰ Entre otras muchas, *Neuling y Shuruk c. Suiza*, 6 de julio de 2010, párrafo 135, *Rahimi c. Grecia*, 5 de abril de 2011, párrafo 135.

principio del interés superior del menor puede llevar a una Sentencia declarativa de haber infringido un trato degradante o inhumano³¹.

IV.- PROYECTOS DE VIDA PARA MENORES MIGRANTES NO ACOMPAÑADOS: LA PRETENDIDA SOLUCIÓN DURADERA DE FUTURO

La dificultad de precisar ciertas ideas como cuál sea el interés superior del menor o qué pueda representar un trato adecuado sólo se puede afrontar partiendo de las circunstancias que se presenten en cada caso concreto³². Un concepto íntimamente relacionado con estos dos, y que se mueve por tanto en la misma incertidumbre, es la noción de “*solución duradera*” o de “*proyecto de vida*” que se maneja en varios de los últimos documentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea.

La Recomendación del Comité de Ministros, de 12 de julio de 2007, utiliza esta expresión por vez primera cuando alude a la necesidad de buscar “*soluciones duraderas de futuro*” que permitan al menor migrante no acompañado tener un “*proyecto de vida*”. Por tal se entiende aquél que permita “el desarrollo de las capacidades del menor [al objeto de] adquirir y reforzar las aptitudes necesarias [que le conviertan] en un miembro independiente, responsable y activo de la sociedad. A tal efecto, los proyectos de vida, en plena consonancia con el interés superior del menor, definido en la Convención sobre los Derechos del Niño, persiguen objetivos relacionados con la integración del menor, el desarrollo personal y cultural, el alojamiento, la salud, la formación académica y profesional, y el empleo”³³.

Años después, la Resolución 1810 (2011) recupera esta idea cuando advierte que ningún menor no acompañado debiera ser rechazado en frontera ni deportado de manera sumaria sino que debe ser puesto inmediatamente bajo la responsabilidad de un tutor legal independiente (no a cargo de las autoridades competentes en materia de inmigración) que vele por sus derechos en todo el procedimiento encaminado a la

³¹ *Neuling y Shuruk c. Suiza*, 6 de Julio de 2010, parágrafo 135.

³² Así lo reconoce en el doc. 12539 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, apartados 96 y 97. Y también el Parlamento Europeo cuando advierte que la noción de “interés superior del niño” debiera de definirse con mayor precisión, en estrecha conexión, principalmente con el ACNUR, que ha desarrollado un procedimiento de determinación formal de lo que supuestamente abarca la noción de interés superior (Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, ya citada).

³³ Apéndice de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de julio de 2007 [CM/Rec(2007)9], cit..

determinación de la edad, si es que fuera necesario, y a la búsqueda de una *solución duradera* de acuerdo con su interés superior³⁴. Esta debe ser “la principal preocupación de las autoridades competentes”, advirtiendo la Resolución la necesidad de tomar en consideración la vulnerabilidad de este colectivo³⁵.

El *Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)* de la Unión Europea, coincide con la Resolución 1810 (2011) en entender que esta “*búsqueda de una solución duradera*” se ha de intentar a partir de un examen particular de las circunstancias de cada menor y pensando siempre en su interés superior. Entre otras, el Consejo de Europa señala que se habrá de valorar la edad, el sexo, los antecedentes del menor (su procedencia, la situación de su familia, las causas que le han empujado a emigrar, su periplo migratorio), sus aspiraciones, sus posibilidades de integración en el país de acogida y en el país de origen, y cualquier otra circunstancia que pudiera resultar relevante, como por ejemplo, que el menor pudiera haber sido víctima de redes ilegales de inmigración, dedicadas a la trata de seres humanos o a la explotación sexual de menores³⁶.

A su llegada o cuando sean interceptados, los menores no acompañados deben ser individualmente interrogados sobre su identidad y sus antecedentes por personal especialista y bien formado; deben ser informados inmediatamente en un lenguaje que puedan comprender sobre sus derechos, sobre la posibilidad de ser asistidos y sobre la posibilidad de solicitar asilo o cualquier otra forma de protección internacional, así como sobre la posibilidad de acceder a un sistema de recursos efectivos contra las

³⁴ Se trata del tercero de los principios de la Resolución 1810 (2011), que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa invita a observar y a poner en práctica. En el mismo sentido, véase el Sumario del doc. 12539, de 21 de marzo de 2011 del Comité de Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Por su parte, los párrafos cuarto y quinto del art. 3 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, cit., dicen así: “4. Para la aplicación de la presente Resolución, los Estados miembros deberían encargarse lo antes posible de que el menor esté debidamente representado por: a) un tutor legal, o b) una organización (nacional) encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad, o bien c) otro tipo adecuado de representación. 5. Cuando se nombre un tutor para un menor de edad no acompañado, el tutor debería velar con arreglo al ordenamiento nacional por que queden debidamente atendidas las necesidades del menor (en los aspectos jurídico, social, sanitario y psicológico, etcétera)”.

³⁵ Principio núm. 12 de la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; y Punto 6.9 y 118 del doc. 12539 del Consejo de Europa, que a este respecto se remite a la Recomendación CM/Rec(2007)9, cit..

³⁶ Véase en el doc. 12539 del Consejo de Europa, citl, los puntos 113, 119 y el cuarto de los quince principios comunes que los Estados parte están invitados a observar y a poner en práctica. El apartado 64 del doc. advierte que los menores sufren con mayor intensidad cualquier acción o amenaza, que son más vulnerables ante cualquier acción de hostigamiento. Por ello hay que estudiar cada caso en particular.

decisiones administrativas y judiciales, todo ello en presencia de su tutor (o guardián) legal que desde el primer momento habrá de velar por que se respete el interés superior del menor³⁷. Esto es, los menores deben recibir un adecuado asesoramiento legal, social y psicológico desde el primer momento.

Así lo ordenan diversos textos internacionales. El art. 37 d) de la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho del menor privado de libertad a la asistencia letrada o de cualquier otra naturaleza que fuere necesaria, el derecho a impugnar la legalidad de esa decisión ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, así como a una pronta decisión sobre dicha acción. El Comité de Naciones Unidas para los Derechos del Niño también ha recomendado que los menores estén representados por un letrado en todos los procedimientos administrativos y judiciales. Y la Directiva 2005/85/EC del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, también coincide en la necesidad de este asesoramiento legal por parte de una autoridad independiente, y en el mismo sentido el documento 12539 del Consejo de Europa.

Tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa coinciden en la conveniencia de reforzar la tutela jurídica de los menores no acompañados. Ambas organizaciones abogan por la conveniencia de un protocolo común que propicie un procedimiento transparente que en el plazo más breve posible (en principio, no más de seis meses) garantice una evaluación justa, comprensiva e individualizada de cada caso concreto. En este procedimiento, una autoridad independiente y especialista en la materia debiera dar audiencia al tutor o representante legal de menor³⁸, a las autoridades de inmigración,

³⁷ Véase el art. 3 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, cit.. En *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, el chico fue registrado como si estuviera acompañado, cuando realmente no lo estaba. Además, la orden de detención le fue comunicada en un idioma que no entendía, de tal manera que no tuvo la posibilidad de recurrir ni la orden de detención ni la orden de deportación. Además, durante la detención, la víctima no recibió asistencia legal ni asesoramiento de ningún tipo (párrafo 89). Al respecto, el Tribunal señala que el Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas ha constatado que el Ministerio Público, que en Grecia tiene la competencia de velar por los derechos de los menores, en la práctica no interviene en los procedimientos que conciernen a los menores extranjeros no acompañados, y recuerda que en *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, párrafo 236, la Corte ya denunció la vulnerabilidad de los solicitantes de asilo en Grecia, y la pasividad de las autoridades en relación con este problema. Por estas razones el Tribunal llega a la conclusión de que también hubo una violación del art. 5.4 CEDH (párrafos 93 y 120 a 121).

³⁸ El apartado 5.11 de la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que se apoya a su vez en el Plan de Acción de la Unión Europea, subraya que cualquier decisión nunca

a los servicios de asistencia social³⁹ y también al menor, cuya opinión habría de ser ponderada de acuerdo con su edad, con su madurez, y sin olvidar que los menores sufren con mayor intensidad cualquier acción o amenaza.

Es de destacar que tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa insisten en que en los procedimientos de detención, de expulsión o de solicitud de asilo, los menores estén asesorados por un tutor y abogado, considerándose conveniente que estos últimos sean sometidos a controles periódicos que garanticen su competencia para velar por los intereses y necesidades de los menores a lo largo de los procedimientos administrativos y judiciales⁴⁰. Mientras se sustancia este procedimiento en el que la búsqueda de una “solución duradera” ha de ser el objetivo principal, el menor debiera ser autorizado a residir en el país de acogida⁴¹.

Como venimos señalando, el objeto de este procedimiento es llegar a una solución que de acuerdo con el principio del interés superior del menor, sea beneficiosa para su desarrollo personal. Entre las alternativas posibles, la reagrupación familiar es la solución preferida, si bien las dificultades son evidentes. Así lo advierte la Resolución

debiera adoptarse sin oír previamente al menor y a su representante legal. Véase también el punto 98 del doc. 12539.

³⁹ Véanse los apartados 5.3, 5.12, 5.15 y 6.10 de la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., que al respecto se remiten a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 y al Protocolo de 1967 relativo al estatuto de los refugiados (también los apartados 6.10, 64, 107, 108 y 111 del doc. 12539 del Consejo de Europa, cit.). El doc. de trabajo 12907 (moción de resolución aún no adoptada) de 24 de abril de 2012 del Comité de asuntos sociales, salud y desarrollo sostenible de la Asamblea parlamentaria, con el título “menores detenidos” recuerda que de acuerdo con el art. 37 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el menor tiene derecho a ser escuchado, a ser informado, a poder recurrir, y a ser protegido de cualquier tipo de violencia. La Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., también señala en su punto 7 que los menores indocumentados necesitan de una particular protección y que por ello deben ser provistos de un tutor legal; y que más allá de la mayoría de edad, éstos deben recibir ayuda a causa de la innecesaria presión psicológica sobre su futuro, que a tan temprana edad puede afectar a su desarrollo personal. También, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, ya cit., considera la necesidad de adoptar medidas específicas de alcance comunitario relativas al derecho de asistencia a todos los niños solos, al acceso al territorio, al nombramiento y cometido de tutores, al derecho a ser oído y a las condiciones de recepción, así como medidas para localizar a la familia y, si procede, para encontrar soluciones duraderas (apartado 131). En este sentido también, el art. 10.1 de la Directiva 2008/115/CE: “antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño”.

⁴⁰ Doc. 12539, cit., puntos 6.4 y 50; y quinto de los quince principios comunes que los Estados parte están invitados a observar y a poner en práctica.

⁴¹ Apartado 5.12 de la Resolución 1810 (2011), cit.. Y en el mismo sentido, el doc. 12539 de la Asamblea Parlamentaria, cit..

1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria: aún cuando el Reglamento “Dublín II”⁴² subraya la obligación de los Estados miembros de la Unión de buscar a los familiares del menor no acompañado, en la práctica la reunificación familiar en el país de origen (o allí donde se encuentren sus familiares) rara vez es posible. Unas veces no lo es sencillamente porque la familia no es encontrada, y otras porque el principio del interés superior del menor desaconseja la devolución. Ello pudiera suceder cuando la integridad, el bienestar o los derechos fundamentales del menor no estuvieren mínimamente garantizados, bien porque la familia residiera en un Estado en guerra o en el que no existiera la procura existencial mínima para los menores, o bien porque se tratara de una familia desestructurada o con antecedentes de malos tratos⁴³. En el mismo sentido, la Unión Europea también hace hincapié en la necesidad de localizar a las familias y de reunificarlas, pero sólo si la seguridad de los niños está garantizada. Por tanto, no se debe retornar al menor cuando exista el mínimo de riesgo de sufrir daños graves tales como el trabajo infantil, la explotación, la violencia sexual, la mutilación genital femenina, exclusión social, o verse involucrados en conflictos armados, se debe autorizar la devolución⁴⁴. Si finalmente se ordenara el retorno, se habrá de notificar por escrito la decisión al menor y a su tutor de manera motivada, e informándoles sobre la posibilidad de apelar dicha resolución, recurso que debiera tener efectos suspensivos⁴⁵.

La orden de retorno nunca se ha de dictar sin garantizar previamente que el niño no va a quedar en desamparo a su regreso. Así lo ordena el art. 10.2 de la Directiva 2008/115/CE cuando advierte que las autoridades han de cerciorarse de que el menor será entregado bien a su familia, bien a un tutor o a los servicios competentes en la

⁴² Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

⁴³ Apartado 5.15 de la Resolución 1810 (2011) del Consejo de Europa, cit.. El apartado 80 del doc. 12539, cit. señala que aún cuando la proposición del Reglamento Dublín II subraye la obligación de los Estados miembros de la Unión de buscar a los familiares del menor no acompañado, en la práctica la reunificación familiar en el país de origen rara vez es posible. Unas veces no lo es porque el principio del interés superior del menor lo desaconseja, como por ejemplo cuando la reagrupación ponga en peligro los derechos fundamentales del menor (póngase por caso que existieran antecedentes de maltratos familiares); otras porque se advierta que aún encontrada la familia, el menor quedará en desamparo; o sencillamente porque no se la haya podido encontrar. Véase también el Sumario del doc. 12539, de la Asamblea Parlamentaria, cit..

⁴⁴ Apartado 137 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, cit..

⁴⁵ Doc. 12539, cit., apartado 99.

materia. A estos efectos, la Resolución 1810 (2011) subraya la importancia de la cooperación con terceros Estados⁴⁶.

Algunas cifras ponen en evidencia que pocas veces se ejecutan las órdenes de retorno: Suecia ha retornado a 53 menores no acompañados a 29 Estados entre 2007 y 2009; los Países Bajos han retornado a 230 menores que se han ido voluntariamente y 145 lo han sido de manera forzosa, entre 2003 y 2006, más otros 54 en 2008. Entre 2004 y 2008, España ha retornado a 292 menores no acompañados de entre 4.410 órdenes de retorno⁴⁷. La escasa o nula colaboración de los menores, que generalmente llegan indocumentados, y las dificultades que entraña la búsqueda de los familiares explican el reducido número de órdenes que finalmente se ejecutan. Cuando así sucede, el Estado de acogida ha de asumir la tutela hasta que el menor cumpla la mayoría de edad⁴⁸.

Añade la Resolución 1810 (2011) que una vez ejecutada la orden de retorno, la autoridad independiente a la que se hubiese confiado la búsqueda de la mejor solución para el menor debiera realizar un seguimiento de las condiciones de vida de éste ya en el país de retorno⁴⁹, si bien la relatora del documento preparatorio de esta Resolución 1810 (2011) advierte la insuficiencia de la legislación vigente al objeto de abordar esta tarea.⁵⁰ Por ello, al objeto de garantizar en la medida de lo posible los derechos de los menores una vez que han sido retornados, la autora del informe propone que no se financien estructuras que faciliten la deportación a países en los que no funcionen correctamente los mecanismos de tutela apropiados.

Con algunos países de origen se han suscrito ciertos acuerdos bilaterales al objeto de construir en ellos Centros de recepción de menores que puedan garantizar que éstos no

⁴⁶ Al efecto, véanse los principios núms. 14 y 15 y los apartados 98, 112 y 114 del doc. 12539, cit.. El apartado 10.2 de la Recomendación 1985 (2011), cit., también advierte la conveniencia de constituir un grupo de trabajo que partiendo de la Recomendación CM/Rec(2007)9) del Comité de Ministros elabore una nueva guía de principios sobre la protección de los menores no acompañados, en la que se especifique la función de los tutores o guardianes de estos menores.

⁴⁷ Doc. 12539, cit., del Consejo de Europa, punto 103.

⁴⁸ En el marco del Consejo de Europa, véase la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria (principio 12), y el Sumario del doc. 12529, de 21 de marzo de 2011. En el marco de la Unión Europea, véanse: el *Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*; el art. 19.1 y 3 de la Directiva 2003/9/CE; los arts. 3.3 y 5 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, cit..

⁴⁹ Apartados 5.14 y 15 de la Resolución 1810 (2011), cit.. Véase también el Sumario y los apartados 80 y 102 del doc. 12539, cit..

⁵⁰ Principios 14 y 15 del doc. 12539, de 21 de marzo, del Comité de Migración, Refugiados y Población, y apartados 96, 98 y 114 de este mismo documento.

quedarán en desamparo a su regreso (República Democrática del Congo, Angola, Rumania, Bulgaria, Afganistán, Iraq). Al respecto, la relatora del documento del Consejo de Europa 12539 (punto 100), además de denunciar la escasa transparencia de algunos de estos convenios, advierte del peligro de que estos Centros puedan ser utilizados para justificar órdenes de retorno automáticas, añadiendo que en más de una ocasión los menores han huido de estos Centros antes de las 24 horas, lo que no se compadece bien con la filosofía de buscar un proyecto de futuro para el menor⁵¹.

Más aún, un informe realizado por *Human Rights Watch*, al que se remite el Consejo de Europa⁵², advierte que el ingreso en un centro de menores no se puede considerar una “solución duradera” si el permiso de residencia se pierde al cumplir la mayoría de edad, como sucede en un buen número de casos. Esta realidad representa un fracaso para las partes implicadas en el proceso: para el menor por razones obvias, pero para el Estado también, que no rentabiliza los recursos invertidos durante varios años para tratar de integrar al menor en una sociedad que hasta la fecha ha demandado mano de obra extranjera.

V.- EPÍLOGO. PENDIENTES DE UNA RESPUESTA POLÍTICA CLARA

Trece años después del Consejo Europeo de Tampere, no existe una política común en materia de menores extranjeros, más allá de las medidas establecidas para luchar contra la inmigración ilegal⁵³. Se han sentado algunas bases sobre la consideración primordial que ha de tener el principio del interés superior del menor, es cierto, pero no todos los Estados se sienten vinculados a él de la misma manera: coinciden en la necesidad de respetar los derechos humanos, especialmente los de los más vulnerables, pero la verdad es que el trato que reciben los menores extranjeros no acompañados en Europa varía mucho según el país en el que se encuentren. El alcance de los principios no siempre es fácil de determinar, sobre todo allí donde no existen prácticas comunes ni consensos.

⁵¹ El doc., en el apartado 101 señala que así sucedió en los Centros financiados por gobierno alemán en Luanda (Angola) y en Kinshasa (República Democrática del Congo).

⁵² Doc. 12539 de la Asamblea Parlamentaria, apartado 92, cit..

⁵³ Véase la Directiva 2008/115/CE, cit.. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, del 4 y 5 de noviembre de 2004 (publicación de 8 de diciembre de 2004) se reconoce la necesidad de “un planteamiento completo, que abarque todas sus etapas, que trate las causas profundas de la migración, las políticas de entrada y admisión y las políticas de integración y de retorno”.

Por ello, a comienzos de la segunda década del siglo XXI, la Unión Europea y el Consejo de Europa han debido recordar a sus miembros la obligación de cumplir los compromisos asumidos en materia de derechos humanos en relación con los menores extranjeros no acompañados. Así se deriva con claridad de los documentos que hemos estudiado. Los niños han de ser tratados como niños, no como migrantes. Y este planteamiento debe aplicarse a todos los menores, no solo a los que solicitan asilo o cualquier otra forma de protección internacional. Aún estando reconocidos en solemnes declaraciones formales, queda al descubierto la dificultad de garantizar de manera efectiva los derechos de esta minoría.

Ello es así porque falta voluntad política para implementar las medidas necesarias. Este reconocimiento institucional supone a nuestro juicio un punto de inflexión en esta batalla que representa la conquista de los derechos. Partiendo del derecho que todos los Estados tienen a luchar contra la inmigración y la estancia irregulares⁵⁴, la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa propone un segundo paso: la articulación de un procedimiento marco común que inspire la legislación y la práctica de los Estados miembros en relación con las condiciones en las que un menor extranjero pueda ser detenido. Para dar una respuesta política en Europa que proteja apropiadamente a este grupo vulnerable, urge implementar el *Plan de Acción de la Unión Europea para menores no acompañados (2010-2014)*, advierte esta misma Resolución, dejando patente una sintonía entre organizaciones que anima al optimismo.

La STEDH *Rahimi c. Grecia* (2011) empuja en esta dirección: la detención como medida cautelar en un expediente de expulsión será legítima sólo cuando sea considerada razonablemente necesaria para impedir u ocultar la comisión de una infracción⁵⁵, y abandonar a su suerte a un menor, dictada la orden de expulsión, representa un trato degradante o inhumano. Así lo habrán de entender a partir de ahora los jueces nacionales, lo que suponemos que repercutirá en los modos de actuar de las autoridades administrativas competentes en materia de inmigración. Se trata de un buen ejemplo de cómo la Convención es un instrumento vivo a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales, y de que el nivel de exigencia creciente en materia de

⁵⁴ En este sentido, la STEDH en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 21 de enero de 2011, parágrafo 216, citando al efecto la Sentencia *Amuur c. Francia*, 25 de junio de 1996, parágrafo 43.

⁵⁵ Sentencia *Rahimi c. Grecia*, parágrafo 107.

protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales implica paralelamente y de modo ineluctable una mayor exigencia en la apreciación de los atentados contra los valores fundamentales de las sociedades democrática.

Los derechos son fruto de un proceso progresivo de reconocimiento, y en esa cronología esta Sentencia y los documentos aprobados en los últimos tres años consideramos que son reflejo de una conciencia que debiera marcar un tiempo nuevo.