

Recibido: 12 julio 2021
Aceptado: 5 noviembre 2021

Los menores no acompañados en la regulación de la inmigración por la Unión Europea

Manuel MEDINA ORTEGA*

SUMARIO: I. La protección del menor en el Derecho internacional y en el Derecho de la UE. II. La inmigración irregular en el Derecho de la UE. III. La situación especial de los MENAS. IV. Conclusiones

RESUMEN: Esta Comunicación aborda algunos de los problemas que plantea a la Unión Europea la llegada a su territorio de un flujo importante de menores inmigrantes no acompañados (MENAS). El Derecho internacional impone a las autoridades de los países de llegada la obligación de proporcionar una protección especial a los MENAS que se encuentren en su territorio. El art. 24 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales establece el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar y sobre la base del reconocimiento de consideración primordial al interés superior del niño. La protección del menor resulta difícil en los casos, cada vez más frecuentes, de llegada a la UE de gran número de menores que no cumplen los requisitos legales de admisión en el territorio de sus Estados miembros. El reconocimiento de una protección especial a los MENAS por parte de la UE no resuelve las dificultades prácticas que plantea la falta de correspondencia entre la normativa europea y la de los países de origen y, sobre todo, por la falta de sistemas estructurados de colaboración de las autoridades del país de origen con las del país de acogida. La Comunicación subraya las contradicciones resultantes de la falta de correspondencia de las normas de la UE y de sus sistemas institucionales de protección de menores con el Derecho y las instituciones de protección de los países de origen.

PALABRAS CLAVE: DERECHOS DEL NIÑO – OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN – PAÍSES DE ORIGEN – PAÍSES DE ACOGIDA

ABSTRACT: This contribution deals with some of the problems that the arrival of a substantial flow of unaccompanied minor immigrants poses to the European Union. International law imposes to the authorities of the countries of destination the duty to protect the unaccompanied minors staying in their territory. Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the EU establishes the right of the children to be protected and to receive required care on the basis of the acknowledgment of the superior interest of the minor as a primary consideration. The protection of minors becomes difficult with the growing number of cases of children arriving in the EU without fulfilling the requirements for legal admission. The recognition by the EU of special

* Catedrático jubilado de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Profesor honorífico de la Universidad Complutense de Madrid

AEDIPr, t. XXI, 2021, pp. 359–373
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.21.14

protection for unaccompanied minors does not prevent the occurrence of practical difficulties as a consequence of the lack of correspondence between the EU rules and those of the country of origin and, above all, due to the absence of a system of structured cooperation and by the lack of correspondence between the EU rules and the rules of the countries of arrival and those of the countries of origin. An institutional system of cooperation between the national authorities of the countries of origin and those of the countries of destination is urgently required. This Communication underlines the contradictions arising out of the lack of correspondence between the EU rules and its system of institutions with the law and institutions of the countries of origin.

KEYWORDS: RIGHTS OF THE CHILD – OBLIGATION TO PROTECT – COUNTRIES OF ORIGIN – COUNTRIES OF DESTINATION

I. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UE

Los “niños” o “menores de edad” gozan de un régimen especial de protección internacional. En 1924, por iniciativa de la activista social británica Eglantyne Jebb, fundadora, junto con su hermana Dorothy Buxton, de la ONG Save the Children, la Quinta Asamblea de la Sociedad de Naciones adoptó por unanimidad una Declaración de los Derechos del niño. Su Preámbulo declaraba que “los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia” una serie de principios básicos de protección a la infancia. En los cinco breves artículos de su texto se incluían compromisos sobre la puesta del niño “en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual” (Primero), sobre la obligación de alimentar al niño hambriento, de atender al niño enfermo, de ayudar al niño deficiente, de asentar al niño desadaptado, y de recoger y ayudar al huérfano y al abandonado (Segundo). En una situación de calamidad el niño debería recibir ayuda con carácter prioritario (Tercero). Se imponía también la obligación de poner al niño en condiciones de ganarse la vida y de protegerle frente a toda forma de explotación (Cuarto), así como de educarle “inculcando en él el sentido del deber que impone la obligación de ofrecer sus mejores cualidades para el servicio del prójimo” (Quinto).

Aunque la Declaración carecía de carácter vinculante, fue incorporada a los archivos del Conseil d'État del Cantón de Ginebra y sirvió de precedente para la adopción de la “Declaración de los Derechos del niño” por la resolución 1386/XIV de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959. Antes de la adopción de esta resolución, la Declaración Universal de Derechos humanos aprobada por la resolución de la AG 217/III el 10 de diciembre de 1948, había recogido, en sus arts. 25 y

26, ciertas obligaciones de protección a la infancia. La AG estableció, el 11 de diciembre de 1946, el “Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General adoptó y abrió a la firma y ratificación la “Convención sobre los Derechos del Niño” (Resol. 44/XXV).

La “Carta de los Derechos fundamentales de la UE”, proclamada el 7 de diciembre de 2000, incorporó un art. 24 sobre los “Derechos del niño”, que estableció el derecho de los menores a “la protección y los cuidados necesarios para su bienestar” y consagró el principio de la obligación de otorgar “consideración primordial” al “interés superior del niño”. El art. 6 TUE concedió a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados y declaró que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes formaban parte del Derecho de la UE como principios generales del mismo. El Convenio Europeo no incluye cláusulas especiales sobre los derechos del niño, aunque cabe encontrar preceptos relevantes para la infancia en algunas de las disposiciones de su texto fundamental y de sus protocolos complementarios, como el art. 8, relativo a la vida privada y familiar, o el art. 2 del Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952 sobre el “derecho a la educación”. La protección de los derechos del niño está incluida en la agenda de la UE sobre derechos humanos, siendo objeto de especial atención por parte de la Agencia Europea de los Derechos humanos (AEPDH), con sede en Viena.

La protección de los derechos humanos no produce, sin embargo, el efecto de ampliar de forma automática las competencias de las instituciones comunes ni de reducir las competencias de los Estados miembros en este ámbito. Aunque el art. 51 de la Carta impone a las instituciones, órganos y organismos de la UE y a los Estados miembros el respeto de los derechos incluidos en ella, la observancia de sus principios y la promoción de su aplicación, esta disposición no modifica las competencias que los Tratados atribuyen a la UE, en la que impera el reconocimiento del principio de subsidiariedad. El ap. 2 de este artículo insiste en que la Carta “no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”. La aplicación de las disposiciones de la Carta que contengan principios en este ámbito requiere, para su realización efectiva, la adopción por las instituciones, órganos y organismos de la UE y, en su caso, por los Estados miembros, en el ejercicio de sus competencias respectivas, de medidas concretas de aplicación, aunque pueden alegarse ante un órgano

jurisdiccional como instrumento para la interpretación y el control de la legalidad de los actos en cuestión (art. 52, ap. 5).

Debido a la complejidad y dificultades de los procesos normativos en la UE, la protección del menor se lleva a cabo, en gran parte, a través de la jurisprudencia, nacional y supranacional. Tiene gran importancia en este ámbito la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH), adoptada en el ámbito del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), ya que, de conformidad con el art. 52, ap. 3, de la Carta, el sentido y alcance de los derechos que ésta reconoce serán iguales a los que confiere el CEDH si se corresponden con los que éste garantiza.

II. LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EL DERECHO DE LA UE

La inmigración irregular constituye en la actualidad una cuestión preocupante y de difícil solución para la UE. Desde la consolidación de los Estados europeos a finales de la Edad Media y la expansión ultramarina de los siglos XVI y XVII, los europeos se convirtieron en emigrantes hacia las diferentes áreas del planeta. Los pueblos originarios de esta parte del mundo conquistaron y colonizaron grandes espacios en los distintos continentes en respuesta a las exigencias de que les imponían su desarrollo económico y su espectacular crecimiento demográfico. Las sucesivas crisis económicas, las convulsiones políticas internas y las guerras civiles e internacionales que dominaron la Edad Moderna europea forzaron a los habitantes de esta parte del mundo a salir de sus hogares tradicionales y a buscar nuevos medios de vida en espacios remotos. La situación cambió radicalmente tras la segunda guerra mundial, cuando la consolidación en la Europa occidental de sistemas democráticos de gobierno basados en el Estado de Derecho y la protección de los derechos individuales facilitó el desarrollo económico e hizo posible que esta parte del mundo resultara atractiva para pueblos procedentes de otras latitudes que tenían que recurrir, ahora, a la emigración para sobrevivir en unas circunstancias locales difíciles originadas por el crecimiento demográfico, el empeoramiento de las condiciones económicas y la multiplicación de los conflictos internos e internacionales en amplias zonas del planeta a las que se designa genéricamente como “Tercer Mundo”. Europa se convirtió entonces en polo de atracción para millones de personas que huían del hambre, de la miseria y de persecuciones en sus países de origen por razones étnicas, culturales o políticas.

Los nuevos procesos migratorios hacia Europa se desarrollaron, en un principio, de manera natural y de forma casi inadvertida. El desarrollo de los países europeos democráticos de economía capitalista demandaba una mano de obra extranjera dispuesta a trabajar en unas condiciones laborales que los europeos, que gozaban de un nivel de vida más alto, no estaban dispuestos a soportar. Los países que contaban aún con extensos territorios coloniales, como Francia e Inglaterra, pudieron tirar para su desarrollo de postguerra de este recurso vital sin poner en peligro su estabilidad interna, ya que los trabajadores procedentes de sus colonias gozaban del privilegio de estar vinculados jurídicamente con los territorios metropolitanos europeos de los que países de que dependían. Más tarde, con la consolidación en las Comunidades Europeas del derecho a la libre circulación, la oferta de empleo europeo se extendió, con carácter general, a las personas procedentes de los países de menor desarrollo económico, con independencia de su vinculación política con uno u otro de los Estados miembros. La estructura de la población en los países miembros de las Comunidades Europeas resultó profundamente alterada por este cambio de las corrientes migratorias que se ha venido produciendo durante la segunda mitad del siglo XX y las primeras décadas del siglo XXI. Europa dejó de ser “blanca” para convertirse, como América, en un espacio mixto desde el punto de vista étnico, ocupado por poblaciones mestizas. Los europeos se han ido habituando a un nuevo tipo de sociedad cosmopolita en la que se han visto obligados a convivir con personas de muy distinto origen étnico y que ofrece, además, una gran diversidad cultural y religiosa que esta parte del mundo no conocía desde los lejanos tiempos de la Edad Media. Con ello, Europa vuelve a enfrentarse, tras varios siglos de homogeneización étnica y cultural, con problemas de convivencia entre diferentes pueblos y culturas similares a los experimentados en épocas anteriores. Este cambio demográfico y cultural ha originado la aparición de movimientos sociales y políticos contrarios a la aceptación del fenómeno migratorio y se ha desarrollado una nueva forma de la xenofobia que reclama la adopción de medidas urgentes para el control de la inmigración.

La concesión por el Reino Unido de la independencia a sus principales colonias llevó a muchos ciudadanos del antiguo Imperio británico a instalarse en el territorio metropolitano, en el que podían disfrutar de las medidas de protección social del “Estado del bienestar” que el Partido laborista había conseguido consolidar entre 1945 y 1951. Apareció entonces el primer movimiento xenófobo, en el que el diputado conservador Enoch Powell hizo de punta de lanza, que consiguió que se adoptaran normas restrictivas sobre la admisión de inmigrantes en el Reino Unido, que introdujeron cambios esenciales en cuanto a los derechos de los ciudadanos británicos de etnias ajenas al substrato “anglosajón” de la población. Se dio,

así, la paradoja, de que a muchos “ciudadanos británicos” nacidos fuera de las Islas Británicas se les prohibiera la entrada en el territorio metropolitano británico.

Francia, que durante la III y la IV Repúblicas, entre 1870 y 1958, había hecho gala de cosmopolitismo con la aceptación masiva de inmigrantes procedentes de sus colonias, y que mantuvo una política generosa hacia ellos durante la V República, basándose en el nacionalismo galo ecuménico de su fundador, el general De Gaulle, dirigido a reforzar la *Communauté* de Francia y sus antiguos territorios coloniales. La prosperidad económica de los años cincuenta y sesenta permitió acoger en el territorio metropolitano francés a millones de ciudadanos procedentes de las posesiones ultramarinas, que incluían tanto a los *pieds noirs*, descendientes de colonos europeos en Argelia, como a integrantes de poblaciones nativas, muchas de ellas de religión musulmana, que chocaban culturalmente con los principios laicos de la Francia republicana. Un antiguo oficial paracaidista enfrentado a De Gaulle y a su política de descolonización y de apertura a la inmigración de ciudadanos no europeos, Jean-Marie Le Pen, crear una estructura partidaria con el nombre de “Frente Nacional”, basada en el nacionalismo y en el rechazo a la inmigración. Desde unos orígenes muy modestos como partido contestatario, el Frente Nacional ha pasado a ser la alternativa al tradicional político tradicional de la República francesa basado en la alternancia de las fuerzas de la derecha y de la izquierda, para sustituirlo por opciones más radicales centrados en el reto de la inmigración y de los desafíos culturales que ésta plantea a la laicidad y al pluralismo del republicanismo francés. El desarrollo del islamismo radical y la multiplicación de atentados criminales contra civiles indefensos y contra los símbolos tradicionales de la República francesa han proporcionado munición a la nueva xenofobia francesa y contribuido a la adopción por gobiernos de muy diferente signo político de medidas contra la inmigración, que incluyen rígidos controles de entrada y deportaciones masivas de inmigrantes en situación irregular.

Procesos parecidos de xenofobia se han producido en otros países con antiguas posesiones coloniales, como Bélgica, España, Italia, los Países Bajos y Portugal. Incluso países con escaso desarrollo colonial en el pasado como Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia o Finlandia, que se beneficiaron económicamente en un principio con la llegada de inmigrantes de países no europeos, han invertido sus políticas generosas de aceptación de extranjeros con medidas restrictivas, respondiendo a la actitud negativa de sus nacionales hacia inmigrantes que son percibidos por sus poblaciones respectivas como ajenos, e incluso contrarios, a sus respectivas culturas nacionales.

La UE en su conjunto se ha ido adaptando al cambio de situación y a la nueva actitud de una parte importante de sus ciudadanos en contra de la inmigración, con la adopción de políticas que introducen limitaciones cada vez mayores a la inmigración regular de ciudadanos extranjeros, sobre todo los procedentes de áreas y países con diferencias étnicas y culturales con respecto a las poblaciones europeas. Frente a las generosas políticas migratorias de los Tratados comunitarios originales sobre la asociación de países de ultramar, la normativa europea se ha ido haciendo cada vez más restrictiva, lo que ha llevado a limitar la inmigración regular y ha abierto la mano al desarrollo de la inmigración irregular.

El párr. 6º del Preámbulo del TFUE recogía el “deseo” de los Estados signatarios de “contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales”, y el párr. 7º expresaba el propósito de “reforzar la solidaridad de Europa con los países de ultramar” y de “asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas”. El art. 67, ap. 2, previó el desarrollo de “una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países”. El ap. 3 de este mismo artículo obliga a la UE a adoptar medida de prevención y lucha contra el racismo y la xenofobia. El cap. 2 del Tít. V del Libro tercero, se ocupa de las “políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración” y prevé la adopción de normas sobre visados, controles en las fronteras exteriores y condiciones de circulación de nacionales de terceros países en el interior de la UE, así como el establecimiento de un sistema integrado de control de las fronteras exteriores. También contempla la adopción de disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado (art. 77). La UE está obligada a desarrollar una política común en materia de asilo y de protección subsidiaria destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el principio de no devolución, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados pertinentes (art. 78). Se prevé, en especial, la adopción de una política común de inmigración (art. 79).

Sobre la base de estos textos constitucionales, la UE ha desarrollado un amplio conjunto de normas, que han ido evolucionando en función de las circunstancias políticas que acabamos de mencionar, pero que son de carácter cada vez más preventivo y represivo, con el reforzamiento de las exigencias de visados y del control de las fronteras exteriores, la vigilancia de los espacios marítimos, la regulación del tráfico transfronterizo terrestre,

la prohibición de ayudas a la inmigración ilegal y a la expulsión de inmigrantes irregulares. Algunas normas de la UE van dirigidas, sin embargo, a facilitar la entrada en el territorio de la UE de ciudadanos no comunitarios, con la facilitación de la reunificación familiar y la concesión del asilo y de otras formas de protección subsidiaria a personas que se ven forzadas a abandonar sus países de origen. Entre ellas ocupan un lugar especial las dedicadas a la protección de menores en los procesos migración y las relativas a los MENAS.

III. SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS MENAS

A lo largo de la historia, los procesos migratorios se insertan, normalmente, en el marco de grandes crisis sociales en los países de origen, que fuerzan a parte de su población a salir de ellos. Los procesos migratorios no suelen ser la suma de decisiones individuales de traslado de residencia a la búsqueda de una experiencia particular que llene las perspectivas vitales del migrante, sino que se corresponden con movimientos sociales de gran magnitud que impulsan a familias enteras, e incluso a organizaciones de mayor dimensión, a abandonar sus países de origen por razones de supervivencia o de búsqueda de mejores condiciones de vida. A la inversa, los países de llegada de inmigrantes suelen adoptar medidas restrictivas para evitar el desbordamiento de sus sociedades por la llegada masiva de inmigrantes que pueden producir reacciones negativas en las poblaciones ya asentadas en su territorio, incluso cuando éstas son el resultado de movimientos migratorios anteriores.

El Consejo Europeo de Tempere, de 15 y 16 de octubre de 1999 marcó un giro importante en la política de la UE en este ámbito al proponer un nuevo planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo. El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió el establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación para que las personas pudieran ser “retornadas” (es decir, “expulsadas”) “humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad”. Varias directivas de la UE se refieren a la situación de los MENAS:

- Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 sobre protección temporal
- Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre condiciones de acogida Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho de reunificación familiar,

completada por la Comunicación 2014, 210 final, de la Comisión, de 3 de abril de 2014.

- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el permiso de residencia a nacionales de terceros países.
- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, art. 2, inciso i), sobre cualificaciones.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre los procedimientos, que incorpora la mención de los apátridas y la edad de 18 años como referencia para la mayoría de edad
- Directiva 2011/95/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1911, cuyo art. 2, inciso 1), define el MENA en los siguientes términos: “El menor de 18 años no nacional de la UE o apátrida que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él, incluyendo al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”
- Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la acogida de solicitantes de protección internacional.
- Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013

Continuando con esta labor normativa, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron, el 16 de diciembre de 2008, la Directiva 2008/115/CEE, publicada en el DOUE L 348, de 224 de diciembre de 2008, pp. 98-107, “relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular”, conocida generalmente como “Directiva Retorno”.

El ap. 4 del Preámbulo de esta Directiva justificaba su adopción por la necesidad de “fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada”, y el ap. 8 reconocía “que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular”. Pero el ap. 7 consideraba que “la cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible”. El objetivo de la directiva no es, sin embargo, la expulsión de los

inmigrantes en todos los supuestos. Por el contrario, para el retorno de menores de edad, el art. 5 de la Directiva obliga a los Estados miembros a tener en cuenta “el interés superior del niño” (ap. a)) y “la vida familiar” (ap. b)). El art. 10 establece garantías especiales para el retorno y expulsión de menores no acompañados, obligando a conceder la asistencia de los servicios pertinente distintos de las autoridades encargadas de la ejecución de retorno antes de dictar una decisión de retorno de un menor no acompañado, “teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño”. El ap. 2 de este artículo establece que “antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno”. El art. 17 establece, además, ciertas garantías para el internamiento de menores y familia. El internamiento de los menores no acompañados y de las familias con menores sólo se llevará a efecto “como último recurso y ello por el menor tiempo posible” (ap. 1), tomando como consideración primordial “el interés superior del niño” (ap. 5). A los menores internados se les dará la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de su edad, tendrán acceso a la educación (ap. 3). Además, a los menores no acompañados se les facilitará, “en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad” (ap. 4).

La Directiva Retorno, como todos los instrumentos legales de este tipo, requiere normas nacionales de aplicación. Cada legislador nacional goza de un amplio margen de apreciación para determinar las decisiones relativas a la devolución de los MENAS. El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las condiciones establecidas por la legislación neerlandesa para el retorno de los menores no acompañados en la sentencia de 14 de enero de 2021 en el as. *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-441/19. La exposición que el menor, TQ, hizo de su trayectoria vital es típica del destino de los MENAS en sus desplazamientos a Europa. Habría nacido en Guinea en el año 2002. Desde su más tierna infancia se habría trasladado a Sierra Leona para vivir con una tía. Tras el fallecimiento de ésta, habría entrado en contacto con un hombre de Nigeria que lo habría llevado a Europa. En Amsterdam habría sido víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual, lo que le habría provocado graves trastornos psíquicos. El 30 de junio de 2017, cuando tenía 15 años y 4 meses, solicitó permiso de residencia en los Países Bajos. Alegaba que no sabía donde residían sus padres y que, en caso de volver a su país de origen, no sería capaz de reconocerlos, que no conoce a ningún otro miembro de su familia y que no sabe siquiera si existen, y que no habla del idioma del país

de origen. Su única familia sería la que lo acogía en los Países Bajos. El 23 de marzo de 2018, cuando TQ tenía 16 años y un mes, el Secretario de Estado de Justicia y Seguridad resolvió de oficio que el interesado no tenía derecho a un permiso de residencia por tiempo determinado, aunque autorizó el aplazamiento provisional de la salida de los Países Bajos durante un plazo máximo de 6 meses, o antes, si se adoptaba una resolución de oficio, hasta que la Oficina de Asesoramiento Médico de los Países Bajos hubiera realizado el reconocimiento médico necesario para comprobar si el estado de salud de TQ permitía su expulsión. El 16 de abril de 2018 TQ interpuso recurso contra dicha resolución ante el Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Bolduque/Hertogenbosch, El Secretario de Estado declaró, el 18 de junio de 2018 que no se concedía a TQ ningún aplazamiento de la expulsión por razones médicas, y el recurso administrativo presentado por TQ contra esta resolución fue desestimado por el Secretario de Estado el 27 de mayo de 2019.

El 12 de junio de 2019, el Tribunal de Primera Instancia adoptó una resolución por la que suspendió el procedimiento y planteó al TJ de la UE tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de varias disposiciones de la Directiva Retorno que podrían afectar a la validez de las disposiciones neerlandesas en materia de extranjería. El TJ declaró que “antes de dictar una decisión de retorno de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor; teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño” y que el “Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado”. El Estado miembro no podría distinguir, a este respecto, “entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno”. Finalmente, una vez que el Estado miembro, “tras haber adoptado una decisión de retorno respecto a un menor no acompañado” y haberse cerciorado de que “será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno no puede abstenerse posteriormente de proceder a su expulsión hasta que haya alcanzado los 18 años”.

De esta sentencia prejudicial del TJ, cuyos resultados prácticos para el caso en litigio son difíciles de prever, se deducen algunas consecuencias sobre el estatuto jurídico de los MENAS en la UE. La primera es que los Estados miembros de acogida están obligados buscar la colaboración de las autoridades del país de origen para averiguar si se reúnen las condiciones para la devolución del menor al país de origen. La segunda conclusión es que las autoridades del Estado miembro de llegada no pueden retener en su

territorio al MENA hasta que cumpla la edad de los 18 años una vez que hayan adoptado la resolución de expulsión.

Con esta sentencia, el TJ entra en el análisis de los problemas reales que plantea la inmigración de los MENAS para las autoridades de los países de origen y de acogida. El menor no puede ser equiparado a un objeto en el tránsito de mercancías, sino que es una persona inserta en un sistema social. El interés superior del niño exige que predomine sobre cualquier otra consideración la integración del menor en un entorno familiar, social, político y económico que facilite el desarrollo de su personalidad.

Un niño no puede ser enviado de un país a otro tomando en consideración únicamente la mejora de sus condiciones materiales de vida. Las imágenes e informaciones periodísticas sobre la llegada de menores a las fronteras de países desarrollados, como los Estados Unidos o los países miembros de la UE, abren interrogantes sobre el respeto de los valores esenciales de la convivencia humana. Cuando los menores son utilizados como arma política contra otro Estado, como hizo el gobierno de Marruecos al incitar a sus niños a invadir el territorio español de Ceuta sin preocuparse por su suerte posterior, cuando ciudadanos de países latinoamericanos introducen clandestinamente a los menores de edad a través de las fronteras de los Estados Unidos con México, reforzadas con vallas de nueva construcción, o cuando se permite que se desplacen a través de espacios peligrosos, como el Atlántico o el Mediterráneo, en frágiles embarcaciones para llegar a un hipotético destino dorado en la Europa desarrollada, se olvidan elementos esenciales de toda sociedad humana, como son la continuidad generacional y la cohesión cultural. Además de la pérdida de vidas humanas que producen estas formas de emigración irregular, el traslado no controlado de los MENAS sus sociedades de nacimiento, relativamente primitivas, a otras mucho más desarrolladas, como pueden ser las actuales sociedades industrializadas de Europa o Norteamérica fomenta el desarraigo de los jóvenes migrantes. Al desarrollarse como personas adultas en sociedades abiertamente hostiles a los inmigrantes, los jóvenes desarraigados pueden acabar implicándose en actividades violentas contra el sistema institucional de los países de acogida, como las que se han producido en los últimos años en Europa por parte de jóvenes inmigrantes o descendientes de inmigrantes de origen islámico.

La normativa de la UE en materia de MENAS, basada en principios generales de aceptación universal se ha expresado en algunos textos que reconocen los principios que deben inspirar la protección de la infancia, pero que dejan en manos de los ordenamientos nacionales y de instituciones regionales o locales, su protección, sin garantizar el mantenimiento de

vínculos esenciales de sociabilidad con las familias y comunidades de procedencia.

Una solución práctica podría ser la celebración de acuerdos entre los países de origen y los de destino, como el concertado entre España y Marruecos en 2007. Se trata de un texto inspirado en buenas intenciones, que parte del respeto del sacrosanto principio del “interés superior del menor” (párr. 3º del Preámbulo). Contiene un programa comprensivo, que incluye “medidas de prevención centradas en el desarrollo social y económico de las zonas de origen de los menores de edad no acompañados, así mismo como en la lucha contra las redes de tráfico de personas” (art. 2, ap. 1). El Acuerdo obliga a “la adopción de medidas de asistencia y protección de los menores marroquíes no acompañados que se encuentren en territorio español” (art. 2, ap. 2) y a “favorecer el retorno asistido de los menores al seno de sus familias o a la institución de tutela del país de origen, así como su reinserción social” (art. 2, ap. 3). Establece medidas de prevención dirigidas a “sensibilizar a los menores, a sus familias y a la sociedad en general, acerca de los riesgos que conlleva la emigración de menores no acompañados” (art. 3, ap. 1) y la puesta en práctica de “las acciones necesarias para luchar contra las redes y las organizaciones dedicadas al tráfico y a la explotación de menores, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 de la Convención de los Derechos del Niño” (art. 3, ap. 2). España se compromete, además, a facilitar asistencia a los MENAS marroquíes, garantizándoles “igual protección que a sus nacionales” y a comunicar a “las autoridades competentes marroquíes, en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada ilegal del menor en territorio español, toda la información pertinente en relación con la situación de los menores objeto de las medidas de protección” (art. 4, ap. 1). Las autoridades marroquíes se obligan, por su parte, a proceder a “la identificación del menor y de su familia y a la expedición de documentación que demuestre su nacionalidad, en un plazo de tres meses a partir de la entrega de la documentación y/o información sobre el menor por parte de las autoridades competentes españolas” (art. 4, ap. 2, párr. 1º).

Parte importante del Acuerdo se refiere al retorno de los MENAS a su país de origen. En primer lugar, las Partes deberán llegar a “un acuerdo previo sobre el caso de menores que puedan ser objeto de regreso y asimismo sobre su número” (art. 4, ap. 2, párr. 2º). El art. 5 detalla las “acciones en materia de retorno”. En primer lugar, el retorno de los MENAS a Marruecos será decidido por “las autoridades competentes españolas, de oficio o a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela sobre el menor”, que habrán de resolver “con observancia estricta de la legislación española, las normas y principios del derecho internacional y de lo establecido en la

Convención sobre los Derechos del Niño” (art. 5, ap. 1). Ambas partes colaborarán para “garantizar en caso de retorno al país de origen, las condiciones de la reunificación familiar efectiva del menor o su entrega a cargo de una institución de tutela” (art. 2, ap. 2) y para “el establecimiento de un dispositivo de acogida dotado con recursos materiales y humanos cualificados, tanto públicos como privados o que procedan de ONGs que trabajan en el ámbito de la protección y de la repatriación de menores” (art. 5, ap. 3). España asume “la financiación de las acciones de protección y de repatriación de los menores de edad no acompañados” y ha de colaborar en “la cofinanciación de las acciones de prevención, en particular favoreciendo el desarrollo socioeconómico de las regiones de fuerte potencial económico” (art. 7). Finalmente, un Comité de seguimiento bilateral se ocupa de “analizar y evaluar las medidas adoptadas en materia de prevención, protección y retorno”, proponer “cualquier acción que se considere necesaria en materia de evaluación de las condiciones de acogida, de los procesos de formación en España, de la aplicación de medidas de retorno y de la puesta en práctica de programas de reinserción socioprofesional” (art. 6).

El Acuerdo hispanomarroquí sobre MENAS se puede considerar ejemplar, pero se ha encontrado con dificultades de aplicación debido a la escasa disposición de las autoridades marroquíes a colaborar con los países de la en el retorno de los menores emigrantes. El Gobierno español, en respuesta escrita al Grupo parlamentario de Vox en las Cortes de 20 de marzo de 2020, reconoció que desde septiembre de 2007 no se había materializado ninguna repatriación de MENAS marroquíes.

IV. CONCLUSIONES

La normativa de la UE con respecto al trato de los MENAS está presidida por ciertos principios generales, como el reconocimiento de la primacía del “interés superior del menor”, pero carece de una clara delimitación de objetivos concretos y medios para su consecución. El resultado es la falta de un marco comunitario para su regulación, que no puede ser sustituido por normas nacionales dictadas como respuesta a situaciones conflictivas concretas. En estas condiciones, la jurisprudencia comunitaria no puede desarrollar un marco normativo coherente.

El punto de partida para una regulación racional del estatuto de los MENAS debería ser un sistema comunitario de acuerdos entre los países de origen y los países de acogida que facilitara el establecimiento de mecanismos prácticos de colaboración entre las instituciones de protección a la infancia de los distintos Estados, que, entre otras cosas, permitiera a las

instituciones protectoras de los Estados de acogida entrar en contacto con las familias de los MENAS. No constituye una solución mantener a los menores en centros públicos de acogida en los países de llegada hasta que los menores alcancen su mayoría edad, a los 18 años, en los que se procedería a su expulsión o a su aceptación como inmigrantes adultos. El coste psicológico individual de esta situación en el período formativo de los MENAS es demasiado alto.

