

LA NECESIDAD DE UN PROTOCOLO COMÚN EN EUROPA SOBRE LA DETENCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA *

- I. OBJETO DE ESTUDIO: LA TIBIA RESPUESTA EUROPEA ANTE UNA CUESTIÓN PRIORITARIA.
- II. LA «OBLIGACIÓN POSITIVA» DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS DETENIDOS (A PROPÓSITO DE LOS ARTICULOS 3, 5 Y 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS).
- III. LA BÚSQUEDA DE UNA «SOLUCIÓN DURADERA» COMO PRINCIPIO RECTOR DE CUALQUIER PROCEDIMIENTO EN TORNO A UN MENOR EXTRANJERO DETENIDO.
- IV. CONCLUSIONES.

* Profesor Titular de Universidad de Derecho Constitucional. Universidad de Cádiz. Dirección de correo electrónico: juanmanuel.ulla@uca.es.

La investigación en materia de menores extranjeros no acompañados que a lo largo de los tres últimos años hemos realizado ha sido posible en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto I+D Consolider-Ingenio 2010, Ministerio de Ciencia e Innovación, «El tiempo de los derechos»; Proyecto de Investigación I+D: Igualdad y Derecho Penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación (DER2010-19781); y Proyecto «Promoting unprotected unaccompanied children's access to their fundamental rights in the European Union», Migrinter, Universidad de Poitiers (Francia).

I. OBJETO DEL ESTUDIO: LA TIBIA RESPUESTA EUROPEA ANTE UNA CUESTIÓN PRIORITARIA

Cada vez son más los niños y jóvenes que de manera irregular llegan solos a Europa¹. Se estima que son aproximadamente 100.000, sobre todo varones de entre 14 y 17 años de edad, pero las cifras más fiables son las de aquellos que solicitan asilo². En la medida en que la inmigración ilegal es por definición un fenómeno no controlado, es difícil contar con datos estadísticos que reflejen fielmente la realidad³.

Al identificar las causas, a menudo hablamos de conflictos armados, de violencia y de extrema pobreza, pero las razones que llevan a una persona a tomar la decisión de migrar son complejas. Más aún cuando de un menor se trata: unos son solicitantes de asilo que huyen del horror de la guerra o que tratan de no ser reclutados a la fuerza para formar parte de milicias o grupos

¹ 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).

² Resolución 1810 (2011), de 15 de abril de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que lleva por título *Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación*. Véase también con el mismo título el Documento 12539 de 21 de marzo de 2011, aprobado por el Comité de Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con el título *Menores no acompañados en Europa: problemas relativos a la llegada, estancia y retorno*, donde se dice que «de acuerdo con el informe de la UNHCR [la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados], sobre 15000 menores no acompañados y separados solicitaron asilo en la UE, Noruega y Suiza en 2009», añadiendo que «parece que se trata tan sólo de la punta del iceberg de los menores no acompañados que actualmente están necesitados de protección en Europa». El *Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de mayo de 2010 (COM(2010)213 final), 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.

³ 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 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). Un estudio de esta realidad desde el prisma del Derecho se lleva a cabo en el Informe que publica la Fundación UNICEF-Comité Español y el Consejo General de la Abogacía Española en 2009 con el título *Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España*.

armados; otros alegan que se encuentran en peligro por razones políticas, o que por su condición de mujer temen por su integridad física; los hay que son enviados a Europa por sus familias en busca de mejores condiciones de vida, o que fuera de los programas oficiales de reagrupación familiar llegan para reunirse con ellas⁴; y así podríamos seguir. Se trata de un fenómeno que obedece a una necesidad imperiosa en la que a menudo varias circunstancias se concentran⁵.

La Unión Europea (UE) y el Consejo de Europa recientemente han mostrado una preocupación especial por la situación en la que quedan los menores extranjeros cuando son detenidos a causa de la irregularidad administrativa de su estancia o residencia⁶. Así lo demuestran los documentos aprobados entre 2011 y 2013 en los que nos vamos a centrar. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en este mismo periodo ha dictado al-

⁴ Señala el Documento 12539 (2011), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., que una parte importante de estos menores vienen para reunirse con sus familiares (concepto amplio) que ya residen en Europa. Así, según la Cruz Roja francesa, cerca del 10% de los menores no acompañados que entran en Francia por el aeropuerto de Charles De Gaulle lo hacen para reunirse con sus padres, allegados, u otros miembros de sus familias residentes en otro país de la UE (Cruz Roja Francesa, documento de trabajo para el Seminario sobre la Migración: reagrupación familiar de menores migrantes no acompañados en Europa, 19 a 20 de febrero de 2009, Consejo de Europa, Estrasburgo).

⁵ Documento 12539 (2011), cit.. El Documento 12983, de 27 de junio de 2012, que lleva por título *Los jóvenes migrantes en Europa*, (Moción de Resolución presentada a la Asamblea Parlamentaria), advierte que los jóvenes migrantes no conforman en puridad una sola categoría, pues dentro de ella la realidad es muy diversa.

⁶ Utilizamos los conceptos de «Niño», «Menor no acompañado», «Nacional de un tercer país», y «Situación irregular» con el significado que les dan: el artículo 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 con el título *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, de la Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 4 de julio de 2006, COM(2006) 367 Final; el artículo 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 artículo 2.f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; el artículo 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 artículo 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.

guna sentencia (STEDH) que merece ser destacada. Particularmente, pero no solo, la que resuelve el caso *Rahimi c. Grecia* (2011), donde por vez primera se declara que se viola el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁷ cuando se deja en desamparo al menor una vez que, dictada la orden de expulsión, sale del centro de internamiento⁸.

Nos proponemos en este artículo presentarles cuál es el estado de la cuestión en la materia. Queremos subrayar cómo, a pesar de que los menores extranjeros no acompañados son considerados un grupo particularmente vulnerable, y que la necesidad de garantizar de manera efectiva los principios y derechos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) ha quedado patente en numerosas ocasiones, la realidad es que la decisión de articular un procedimiento común en relación con las medidas a seguir a partir de la detención de uno de estos menores por razón de su estancia o residencia irregular, sigue sin adoptarse.

Al respecto nos centraremos en la Recomendación 1969 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que se apoya en el interesante Documento número 12539 de 2011, elaborado por la propia Asamblea. Allí se advierte la necesidad de elaborar una guía de principios y directrices en la materia, iniciativa que, sin embargo, ha sido neutralizada o postergada —que para el caso viene a significar lo mismo— por el Comité de Ministros, esto es, por los gobiernos de los Estados parte⁹.

⁷ El valor del CEDH, texto aprobado en el marco del Consejo de Europa, es reconocido tanto por la doctrina del Tribunal de Luxemburgo como en el artículo 6 del propio Tratado de Lisboa (2007). La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa anima al Comité de Ministros a promover en sus relaciones con la Unión Europea el papel del Consejo como guardián de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia en Europa, solicitando que al efecto se adopten las medidas necesarias para la rápida adhesión de la Unión al CEDH. El fortalecimiento de esta relación se concibe como un asunto prioritario y en esta dirección se están manteniendo una serie de encuentros al más alto nivel (véase el Documento 12892, de 5 de abril de 2012, que lleva por título *El impacto del Tratado de Lisboa en el Consejo de Europa* [especialmente los apartados 1, 3 y 6], y la Resolución 1836 (2011) versión final, de 5 de octubre de 2011). La Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2010, también ha considerado la adhesión de la UE al CEDH como un primer paso esencial que debiera ser complementado con la suscripción de la UE a otros instrumentos y cuerpos del Consejo de Europa.

⁸ *Rahimi c. Grecia*, n. 8687/08, de 5 de abril de 2011, §§ 92, 94 y 95.

⁹ Recomendación 1969 (2011), de 15 de abril de 2011, con el título *Menores no acompañados en Europa: problemas relativos a la llegada, estancia y retorno*. Véase la posición del Comité de Ministros en el Documento 12966, de 26 de junio de 2012, apartados 6 y 7.

Hace tiempo que a nivel convencional se han dado los pasos oportunos para que la realidad sea otra. Pero a nivel ejecutivo siguen sin implementarse las medias oportunas para que cesen las lesiones que habitualmente sufren los derechos de estos menores cuando son detenidos. Esta preocupación que expresan los documentos que vamos a comentar hay que valorarla positivamente, pero consideramos que hay que denunciar la actitud renuente de los Estados, que, quizás conscientes de que la realidad de la inmigración infantil va *in crescendo*, siguen bloqueando la posibilidad de articular un procedimiento marco que recoja esos principios generales que derivan sobre todo de la CDN y que el Tribunal de Estrasburgo viene recordando en no pocas ocasiones.

La UE y el Consejo de Europa han calificado de cuestión política prioritaria la necesidad de proteger a los menores extranjeros no acompañados, recordando que las dificultades que éstos suelen encontrar para ejercer sus derechos una vez que son detenidos, hace tiempo que se ha constatado. Entre otros documentos, merecen ser destacados los siguientes: la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, (2012/2263(INI)) *sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea*, que reconoce la dispersión normativa en relación con la protección de este colectivo, subrayando la necesidad de aprobar una normativa de mínimos común y coherente; la Resolución del Consejo de la UE, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03), donde ya se advirtió la urgencia de armonizar la legislación de los Estados miembros a partir de lo establecido en la CDN¹⁰; la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas con el título *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, de 4 de julio de 2006 (COM(2006) 367 Final), donde también se considera la conveniencia de establecer una estrategia comunitaria global para proteger de manera efectiva los derechos de la infancia¹¹; así como el *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)* [Comunicación de la Comisión al

¹⁰ Véase en concreto el artículo 3.2 de esta Resolución. Sobre la necesidad de abordar la multiplicidad de problemas que esta realidad presenta desde el contexto jurídico que representa la CDN, véase el estudio de CARMONA LUQUE, R., *La Convención sobre los derechos del niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011. En relación con la protección de los migrantes en el marco del CEDH, véase el reciente estudio de KTISTAKIS, Y., *Protecting Migrants under the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, A handbook for legal practitioners*, Council of Europe Publishing, 2013.

¹¹ Esta Comunicación parte de lo ya dispuesto en la Observación General núm. 6 de 2005 del Comité de Naciones Unidas,

Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de mayo de 2010 (COM(2010) 213 final], y el Programa de Estocolmo del Consejo Europeo —*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*— (2010/C115/01)¹². En el marco del Consejo de Europa hemos de citar: la Resolución 1810 (2011), de 15 de abril de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que lleva por título *Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación*, y la Recomendación 1985 (2011), también de la Asamblea Parlamentaria¹³, que animan a la UE a establecer o reforzar los instrumentos que para la protección efectiva de estos derechos fueren necesarios, proponiendo igualmente al efecto la elaboración de un «documento base» o una «guía de buenas prácticas» en relación con las condiciones de la detención de estos menores¹⁴.

En general es cierto que poco a poco caminamos hacia un sistema europeo uniforme de derechos. En materia de extranjería esta comunión resulta de una extraordinaria importancia, tal y como ya advirtió el Consejo Europeo de Tampere en 1999. Nuestro estudio subrayará la necesidad de proteger mejor los derechos de este colectivo, particularmente cuando son detenidos a causa de su entrada o estancia irregular en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Consejo de Europa; y también pondremos el acento en cómo, más allá de las declaraciones formales, el actual sistema deficiente de

¹² Sobre el Programa de Estocolmo véase, FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El programa de Estocolmo: últimos desarrollos de la política europea de libertad, seguridad y justicia», en DEL VALLE GÁLVEZ, A. (dir.), *Inmigración, Seguridad y Fronteras. Problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 154-173. Además de lo señalado en el texto, otros documentos a tener en cuenta en el marco de la Unión Europea son, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión de 4 de julio de 2006, citada en texto, que advierte de la necesidad de proteger a los menores no acompañados de la delincuencia organizada (apartado 126); el artículo 3.9 de la Directiva 2008/115/CE; y el artículo 17.1 de la Directiva 2003/9/CE.

¹³ Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con el título *Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación*, texto adoptado a partir del Informe presentado en el seno de esta Comisión como Documento 12718, de 16 de septiembre de 2011.

¹⁴ Además de lo señalado en el texto, otros documentos a tener en cuenta en el marco del Consejo de Europa son: el apartado 12.4 de la Resolución 1805 (2011), de 14 de abril, que lleva el título de *La prolongada llegada de migrantes 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.

protección parece que no suscita demasiada preocupación. Que de manera reiterativa desde 1997 se venga insistiendo en que hablamos de uno de los grupos más frágiles y vulnerables de nuestra sociedad, y que tan poco se haya avanzado desde entonces en la protección efectiva de sus derechos, deja al descubierto una falta de voluntad política al más alto nivel¹⁵. Esta suerte de lesión por omisión, que con toda claridad la UE ha reconocido¹⁶, pone en entredicho algunos de los valores y principios que figuran en el frontispicio de nuestras Cartas y Constituciones. Prueba suficiente de esta falta de atención es que el Parlamento Europeo, el 12 de septiembre de 2013, y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2011 hayan tenido que recordar que el punto de partida de las políticas europeas en la materia ha de ser la protección de los menores, no el control de la inmigración¹⁷.

¹⁵ 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» (véanse, la Resolución del Consejo de la UE, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, que arranca de lo dispuesto en la Observación General n. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas; la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, apartado 132; 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. 29.

¹⁶ *Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, cit., epígrafe I.4.2.

¹⁷ Véanse: el apartado 1 de las Recomendaciones Generales de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, y el apartado 5 de la Resolución 1810 (2011), de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit. 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. Al respecto, PICUM, *Children. First and Foremost. A guide to realising the Rights of children and families in an irregular migration situation*, 2010 (<http://picum.org/picum.org/uploads/publication/Children%20First%20and%20Foremost.pdf>).

El derecho soberano de los Estados a guardar sus fronteras ha de ser compatible con las obligaciones que dimanar de los tratados internacionales suscritos. La cualidad de «extranjero en situación irregular» no puede primar sobre la condición «de menor de edad en situación vulnerable»¹⁸. La manifestación patente de esa desidia consciente que de los documentos estudiados se deriva, y la coincidencia en el tiempo de la novedosa declaración de la Sentencia *Rahimi c. Grecia* (2011) nos animaron a redactar las líneas que siguen.

II. LA «OBLIGACIÓN POSITIVA» DEL ESTADO EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS DETENIDOS (A PROPÓSITO DE LOS ARTICULOS 3, 5 Y 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

«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 1 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 una manifestación de voluntad vinculante desde el primer momento. La ratificación de este convenio obliga a los Estados parte a preservar los derechos en él contemplados.

Bajo ninguna circunstancia o pretexto, nadie puede ser torturado ni sometido a penas que comporten un trato inhumano o degradante, recuerda el TEDH en todas sus Sentencias relativas al artículo 3 CEDH. Este precepto, leído de conformidad con el artículo 1 del propio Convenio, exige que los Estados adopten las medidas necesarias para que esta prohibición, absoluta y sin excepción, se respete efectivamente¹⁹.

¹⁸ Por todas, *Popov c. Francia*, ns. 39472/07 y 39474/07, de 19 de abril de 2012, § 91, *Kanagaratnam y otros c. Bélgica*, n. 15297/09, de 13 de marzo de 2012, § 62, y *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, n. 13178/03, de 12 de octubre de 2006, § 55.

¹⁹ La STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 55 recuerda «the absolute nature of the protection afforded by Article 3 of the Convention». En este mismo sentido, SSTEDH, *Soering c. Reino Unido*, n. 14038/88, de 7 de julio de 1989, § 78; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, n. 30698/09, de 21 de enero de 2011, § 218; *Labita c. Italia*, n. 26772/95, de 6 de abril de 2000, § 119; *Z y otros c. Reino Unido*, n. 29392/95, de 10 de mayo de 2001, § 73; *Bati y otros c. Turquía*, n. 33097/96 y n. 57834/00, de 3 de junio de 2004, § 120.

La tarea es especialmente relevante cuando se trata de niños o de otros grupos vulnerables de la sociedad. Para hacer notar la actitud vigilante, activa, que al efecto han de adoptar las autoridades nacionales, el TEDH maneja el concepto de «obligación positiva»²⁰. Más allá de lo que la ley disponga, la prohibición que se contiene en el artículo 3 del Convenio conmina al Estado a adoptar las medidas necesarias que garanticen la efectividad de este derecho.

A la hora de evaluar si el artículo 3 del CEDH ha sido violado, el TEDH a menudo recuerda que «el trato degradante ha de tener un mínimo nivel de gravedad («*ill-treatment must attain a minimum level of severity*»), y que tal apreciación no se puede determinar con carácter general y abstracto sino atendiendo a las circunstancias que se presenten en cada caso concreto, esto es, a la vista de la naturaleza y del contexto del tratamiento denunciado, de la modalidad de ejecución, de su duración, de los efectos psíquicos y psicológicos que hubiera podido causar, del sexo, de la edad o del estado de salud de la víctima²¹. La edad, por tanto, es una circunstancia a valorar para determinar la mayor o menor fragilidad de una persona, que se multiplica cuando a esa condición se le une la de ser extranjero no acompañado en situación irregular.

En relación con la detención de un menor extranjero, el TEDH considera fundamentales dos preceptos de la CDN. Por una parte, el artículo 3.1 que reconoce el principio del interés superior del menor: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Y en segundo lugar, el artículo 37, cuyo apartado b) deja bien claro que un niño no debe ser detenido o encarcelando a menos que ninguna otra medida menos radical pueda ser adoptada, añadiendo en el aparta-

²⁰ *Rahimi c. Grecia*, cit., § 62; *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 53. Esta última resolución se remite a *Z y otros c. Reino Unido*, cit., § 73; *Osman c. Reino Unido*, n. 23452/94, de 28 de octubre de 1998, § 116; *Soering c. Reino Unido*, cit., § 88. Sobre el concepto, AKANDJI-KOMBE, J-F., *Positive obligations under de European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Hand Book, núm.7, Council of Europe, 2007.

²¹ *Madmundi y otros c. Grecia*, n. 14902/10, de 31 julio de 2012, § 61; *Rahimi c. Grecia*, cit., § 86, que al efecto se remite a *Labita c. Italia*, cit., § 120, *Mikadzé c. Rusia*, n. 52697/99, de 7 de junio de 2007, § 108. En el mismo sentido, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 48; *Assenov y otros c. Bulgaria*, n. 24760/94, de 28 de octubre de 1998, § 94. Véase también, *Raninen c. Finlandia*, n. 20972/92, de 16 de diciembre de 1997, § 55; *Tekin c. Turquía*, n. 22496/93, de 9 de junio de 1998, §§ 52 y 53; *Bati y otros c. Turquía*, cit., §§ 113 a 120; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., §§ 219 y 220.

do c) que, si este fuera el caso, el menor privado de libertad deber ser tratado en todo momento con humanidad, respetando siempre su dignidad, y teniendo presente las necesidades propias de su edad. Añade la norma que todo niño privado de libertad esté separado de los adultos a menos que ello se considere contrario al interés superior del menor, y que salvo circunstancias excepcionales, el niño tiene derecho a estar en contacto con su familia por medio de correspondencia de visitas. Esto es, en relación con un menor, la detención y el ingreso en un centro de internamiento no puede ordenarse de manera automática, ha de ser la última medida a contemplar²².

Estos requisitos de Naciones Unidas sobre las condiciones en las que un menor puede quedar detenido han sido formalmente asumidos por la UE y por el Consejo de Europa²³, pero lo cierto es que la práctica camina por otros derroteros. Para identificarles, determinar, en su caso, la edad, y preparar la orden de expulsión, los menores extranjeros no acompañados suelen quedar ingresados en un centro de retención y sometidos a un régimen cuasi carcelario. Valga como botón de muestra de esta irregularidad que todos los documentos que hemos estudiado, con fecha entre 2011 y 2013, hayan debido recordar la obligación que los Estados tienen de cumplir con los compromisos que se derivan de la ratificación de la CDN, que data ya de 1989. De entre los últimos, en el marco del Consejo de Europa, la moción de resolución bajo el título *Menores detenidos* (2012), de la Asamblea Parlamentaria²⁴

²² Entre las últimas Sentencias del TEDH, véanse *Popov c. Francia*, cit., § 90, y *Rahimi c. Grecia*, cit., §§ 85-86.

²³ En el marco de la Unión Europea hemos de citar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997. El artículo 17.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo señala que: «Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible», añadiendo, además, que a los menores internados se les de la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, así como el derecho a la educación cuando la duración de la estancia lo permita. El apartado 39 del Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), cit., también se expresa en el mismo sentido. 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, especifica que salvo el derecho a la libertad, ningún otro se le puede restringir a un menor detenido. La Resolución 1810 (2011) cit., y la Recomendación 1985 (2011), cit., también en el mismo sentido.

²⁴ *Children in detention*, del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Documento 12907, de 24 de

ha insistido, en consonancia con la Recomendación 1985 (2011), en la obligación de no retener a estos menores cuando la única razón para ello sea la irregularidad de su situación administrativa, alertando de los severos daños psicológicos y psíquicos que la privación de libertad puede generar, con independencia de que lo sea por un espacio corto de tiempo²⁵. En el marco de la UE, la resolución del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 2013 exhorta a los Estados miembros a respetar estrictamente la obligación de no detener a un menor a menos que no hubiera otra alternativa, en cuyo caso tendría que quedar ingresado en un centro debidamente acondicionado donde pueda ser correctamente atendido de acuerdo con la edad y el sexo²⁶.

La Sentencia más importante del TEDH en relación con la detención de menores extranjeros no acompañados, donde encontramos los principios o criterios generales que han de ser observados a la luz de los artículos 3 y 37 de la CDN, se dictó el 12 de octubre de 2006 en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, conocida también como sentencia *Tabitha*, nombre de la detenida. Las circunstancias fueron particularmente especiales pues se trataba de una niña de tan sólo cinco años de edad, congoleña, que llegó sola y sin papeles al aeropuerto de Bruselas, donde la esperaba su tío. Tenían la idea de continuar viaje hasta Canadá, donde residía la madre, que allí había adquirido la condición de refugiada. La niña, sin embargo, fue detenida, quedando ingresada durante dos meses y medio en un centro de internamiento para extranjeros que en absoluto estaba acondicionado para acoger a me-

abril de 2012). También la Propuesta de resolución *Rétention des enfants migrants* (no adoptada por la Asamblea Parlamentaria), de 4 de octubre de 2012 (Documento 13050).

²⁵ Al respecto, SENOVILLA, D. y LAGRANDE, PH., *The legal status of unaccompanied children within International, European and national frameworks. Protective standards vs. Restrictive implementation*, 2011; PUCAFREU Project, «Promoting unaccompanied children's access to fundamental rights in the European Union», <http://www.pucafreu.org>; CARLIER, M., DE DONATO, M. y PAVLOU, M., *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne, Etude comparative et perspectives d'harmonisation*, France terre d'asile, 2010, Synthèse, París; PICUM, *Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions*, 2008, Bruselas; *I minori stranieri non accompagnati in Italia*, Quartorapporto ANCI-CITTALIA, 2011.

²⁶ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, en particular véase la línea estratégica núm. 13: «Exhorte les États membres à respecter strictement l'obligation fondamentale de ne jamais, sans aucune exception, placer un mineur en détention (...); demande à la Commission d'être extrêmement vigilante sur l'application des dispositions du droit de l'Union portant sur la rétention des mineurs, à la lumière de la jurisprudence; prie instamment les États membres de placer les mineurs dans des centres spécifiquement destinés aux enfants, en tenant compte de leur âge et de leur sexe».

nores. Al cabo de ese tiempo las autoridades belgas dictaron una orden de retorno, por lo que la niña tuvo que regresar al Congo. El TEDH, concluyó con una Sentencia en la que declaró la violación de los artículos 3 (tratos inhumanos), 5 (libertad) y 8 (vida familiar) del CEDH.

Por lo que al artículo 3 CEDH se refiere, esta Sentencia declara por primera vez que el ingreso de un menor en un centro de detención habilitado solo para adultos representa «una falta de humanidad de tal calibre que alcanza la consideración de trato inhumano»²⁷. Consciente de la novedad de esta declaración, de que a este derecho no se le había dado antes este alcance, el TEDH recuerda que «la Convención es un instrumento vivo a interpretar a la luz de las condiciones de vida actuales, y que el nivel de exigencia creciente en materia de 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 democráticas»²⁸.

Es doctrina consolidada del TEDH que para calificar como trato inhumano un determinado supuesto de hecho, éste debe de reunir un mínimo de gravedad, cuya apreciación dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. En el asunto *Tabitha*, para concluir que efectivamente la detención de la menor había supuesto una violación del artículo 3 del CEDH, el Tribunal valoró la extrema juventud de la menor, su condición de extranjera no acompañada, el tiempo que estuvo innecesariamente retenida, y las condiciones de tal detención, especialmente que quedara ingresada en un centro no apropiado para su edad, que no se le asignara un tutor que le asistiera y que no se adoptara medida alguna de acompañamiento psicológico o educativo por personal cualificado²⁹. En definitiva, la extrema vulnerabilidad de la niña tendría

²⁷ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., §§ 50, 51, 61; también, *Çakici c. Turquía*, n. 26357/94, de 8 de julio de 1999, § 98, y *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, n. 36749/97, de 13 de septiembre de 2005, § 67. El artículo 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 *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., § 48; *Raninen c. Finlandia*, cit., § 55; *Selmouni c. Francia*, n. 25803/94, de 28 de julio de 1999, § 101.

²⁹ En el párrafo 52, el Tribunal precisa que el hecho de que la segunda recurrente se haya podido beneficiar de una asistencia jurídica, haya tenido contacto telefónico diario con su madre o con su tío y que el personal del centro y determinadas personas allí residentes se hayan ocupado de ella no puede considerarse suficiente para entender cumplidas las necesidades de un niño de cinco años. La Corte considera en consecuencia que estas atenciones puntuales son claramente insuficientes.

que haber prevalecido sobre su condición de extranjera en situación de ilegalidad.

Por esta misma razón, el TEDH declaró que la expulsión posterior de la menor había supuesto igualmente un trato inhumano dadas las condiciones en las que se ejecutó la orden de retorno: la niña regresó a su país sola, sin compañía de otra persona adulta a quien las autoridades belgas le hubieren confiado el cuidado de la menor durante el viaje. Además, al llegar a Kinshasa no había ningún familiar que la estuviera esperando. Un tío de *Tabitha*, con el que habían contactado las autoridades belgas para que la recogiera, finalmente no se presentó en el aeropuerto, por lo que la pequeña permaneció sola durante un cierto tiempo, pues las autoridades belgas no tuvieron la precaución de contemplar esta posibilidad. Por todo ello, el TEDH terminó declarando que el Estado demandado ni adoptó las medidas que la edad de la menor exigía, ni tomó en consideración la situación real de riesgo que suponía que ésta afrontara sola el viaje de vuelta a su país de origen. El sentimiento de extrema angustia que la devolución en estas condiciones tuvo que generarle mereció el calificativo de falta flagrante de humanidad³⁰.

La Sentencia declaró la violación del artículo 3 del CEDH respecto de la niña pero también respecto de la madre. El TEDH considera que no sólo los padres o familiares sino cualquier allegado con un fuerte vínculo con el menor puede ser considerado víctima a consecuencia de los daños que éste pueda sufrir. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene presente diversos factores, como por ejemplo el grado de parentesco —donde la relación entre padres e hijos ocupa un lugar de privilegio—, las circunstancias particulares que rodeen el lazo de afectividad, y sobre todo la gestión que del caso lleven a cabo las autoridades competentes en materia de inmigración³¹. Pues bien, en relación con *Tabitha*, las autoridades belgas se limitaron a informar a la madre de la detención de su hija y a proporcionarle un número de teléfono para que pudiera contactar con ella. La angustia que presumiblemente la madre tuvo que sufrir a raíz de la detención de su hija y la indolencia con que las autoridades trataron el caso lleva al TEDH a concluir que el umbral de gravedad exigido por el artículo 3 había sido superado también en relación con ella³².

Hay que insistir en que la violación del artículo 3 del CEDH respecto de los familiares o allegados como consecuencia de la detención de un menor no

³⁰ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., §§ 67 a 69.

³¹ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., § 61

³² *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., §§ 61 y 62; al respecto véase también, *Çakici c. Turquía*, cit., § 98, y *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, cit., § 67.

acompañado no es automática sino que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Así, a diferencia de lo que se resolvió en *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, en *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica* (2010), un caso bastante similar donde igualmente se juzgó la detención de una mujer y sus cuatro hijos menores en un centro de internamiento de adultos —también en el aeropuerto de Bruselas—, el TEDH tan sólo reconoció la violación del artículo 3 CEDH respecto de los niños, no respecto de la madre, que en ningún momento fue separada de ellos³³.

Siguiendo con el caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, como hemos adelantado, además de la violación del artículo 3, el TEDH considera que la detención y devolución de la menor también lesionó el derecho a la vida familiar (artículo 8 CEDH) tanto de la madre como de la hija. Para ello, el Tribunal tomó en consideración la condición de refugiada que, de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, la madre había adquirido en Canadá. La separación entre madre e hija en el país de origen se debió exclusivamente a la necesidad imperiosa de huir, dada la persecución de la que era objeto la primera. Esa separación no rompió la relación familiar entre madre e hija, como el mismo Estado demandado reconoce, por lo que el Tribunal pasa a examinar si fue legítima la ingerencia en este derecho que supuso la detención y devolución de la menor.

Al respecto, el TEDH llegó a la conclusión de que no se cumplían todos los requisitos que el artículo 8.2 del CEDH exige para estimar legítima una ingerencia en este derecho. Concretamente, el Tribunal consideró que si bien la medida se había adoptado de acuerdo con lo previsto en la legislación aplicable, sin embargo la detención y el posterior retorno de la menor no cumplía el requisito de ser una actuación «necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás». El TEDH recuerda que el derecho de los Estados a controlar sus fronteras ha de compatibilizarse con los derechos que los extranjeros tienen a la luz del Derecho internacional.

En sede también del artículo 8 CEDH y a mayor abundamiento, el TEDH señala que en ausencia de cualquier riesgo de que la menor de cinco años de edad pudiera sustraerse al control de las autoridades belgas, su detención en un centro cerrado para adultos no obedecía a ninguna necesidad, no se justi-

³³ *Mukhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, n. 41442/07, de 19 de enero de 2010, §§ 56, 58 a 60 y 63.

ficaba de ninguna manera. A juicio del TEDH, tratándose de una menor extranjera no acompañada, el Estado belga hubiera debido facilitar la reagrupación familiar de la madre y la hija, o en su defecto debiera haber ordenado el ingreso de la pequeña en un centro especializado para niños o en una familia de acogida. Así lo exige la CDN en los artículos 3 y 37. Por todo ello se concluye que hubo violación del derecho de las recurrentes a la vida familiar³⁴.

Por último, además de la lesión de los artículos 3 y 8 CEDH, el TEDH también reconoce la violación del artículo 5.1 en relación con la menor. Al respecto, el TEDH recuerda el derecho que tienen los Estados de controlar sus fronteras y la obligación de hacerlo de conformidad con las disposiciones del CEDH; que los límites del derecho a la libertad y a la seguridad, que se contemplan en el párrafo primero del artículo 5, conforman una lista exhaustiva de excepciones que como tales han de ser objeto de una interpretación restrictiva; y que si bien la detención sólo se puede ordenar en los casos y de acuerdo con el procedimiento previstos en la ley, ésta habrá de respetar lo establecido en este precepto, cuya finalidad es proteger a la persona de las detenciones arbitrarias³⁵.

Las recurrentes (madre e hija) invocaron en su demanda la violación del artículo 5.1.d) CEDH, que considera que la privación de libertad de un menor sólo es legítima si se trata de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de hacerle comparecer ante la autoridad competente. Por su parte, el Estado demandado trató de justificar la medida invocando el apartado f) del mismo precepto, que permite la limitación de este derecho cuando se trata de impedir una entrada ilegal en el territorio o cuando la persona está incurso en un procedimiento de expulsión o extradición.

El TEDH consideró que el asunto encajaba mejor en el párrafo f), invocado por el Gobierno, que en el párrafo d), invocado por las recurrentes: mientras que éste último no contempla el único motivo por el que un menor pueda quedar detenido, el apartado d) se refiere exactamente al caso que había que resolver, esto es, la detención de una persona que trataba de acceder al territorio sin la documentación precisa³⁶. La posibilidad, sin embargo, de

³⁴ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., §§ 82, 83, 85 y 90.

³⁵ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., § 96; *Rahimi c. Grecia*, cit., § 104.

³⁶ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., §§ 100 y 101: «100. La Cour ne saurait suivre le raisonnement de la seconde requérante lorsqu'elle soutient que le paragraphe d) de l'article 5 de la Convention comporte le seul cas de détention possi-

subsumir el supuesto de hecho en este apartado no se consideró suficiente para declarar legítima la detención de la menor, pues de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal, la limitación de un derecho no sólo ha de tener una finalidad legítima sino también debe ser proporcional con el bien jurídico que se trate de proteger. De acuerdo con esta doctrina, el TEDH consideró que el lugar y las condiciones en las que quedó la menor no cumplían este requisito. El límite impuesto al derecho se entendió poco comprensible de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada del mismo. La detención de la menor en un centro de adultos violó, pues, el artículo 5.1 CEDH³⁷.

Además del caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, la otra Sentencia que en la materia consideramos que tiene un extraordinario valor es la dictada en el caso *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, donde el TEDH además de recordar que la detención como medida cautelar en un expediente de expulsión solo es legítima cuando sea razonablemente necesaria para impedir u ocultar la comisión de una infracción³⁸, por vez primera 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 (artículo 3 CEDH).

Considerar trato inhumano o degradante la situación de desamparo en la

ble pour un mineur d'âge. Ce paragraphe renferme en réalité un cas spécifique, mais non exclusif, de détention du mineur d'âge, à savoir, celle qui serait faite en vue de son éducation surveillée ou en vue de sa traduction devant l'autorité compétente pour décider en la matière. 101. En l'espèce, la détention litigieuse était motivée par le caractère illégal du séjour de la seconde requérante en raison de ce qu'elle n'était pas en possession des documents requis et se rattache donc au paragraphe f) de l'article 5 de la Convention qui permet l'arrestation ou la détention "régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours"».

³⁷ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga, c. Bélgica*, cit., §§ 95 a 105. Concretamente, el § 102 señala: «Toutefois, le fait que la détention de la seconde requérante relève du paragraphe f) de l'article 5 ne signifie par pour autant que la détention soit régulière au sens de cette disposition. En effet, au regard de la jurisprudence dégagée par la Cour, un lien doit exister entre, d'une part, le motif invoqué pour la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention (mutatis mutandis, *Aerts c. Belgique*, arrêt du 30 juillet 1998, Recueil 1998-V, pp. 1961-1962, § 46, et autres références y figurant)». Hemos de dejar constancia de que el TEDH también declaró conculcado el artículo 5.4 CEDH, al considerar que el recurso que la recurrente planteó en contra de su detención y de su devolución no tuvo ningún efecto práctico.

³⁸ *Sentencia Rahimi c. Grecia*, cit., § 107.

que quedan muchos menores cuando salen de los centros de internamiento es sin duda de una gran trascendencia. El TEDH declara que las autoridades administrativas atentan contra la obligación de asegurar al niño la protección y el cuidado que su bienestar exige (artículo 3 de la CDN) cuando así proceden. 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 abandone el Centro de internamiento, esa es la novedad. Nunca antes al principio del interés superior del menor se le había dado esta proyección.

A decir verdad, la fundamentación jurídica de esta Sentencia recurre al argumento principal utilizado en la Sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*: la fuerza vinculante que en la materia tiene la CDN, que anteriormente ya hemos subrayado. Concretamente, el TEDH se apoya en el artículo 3.1 de este texto, que establece la obligación de tomar en consideración, en cualquier acción relativa a un niño, el interés superior del menor; y también en su artículo 37.b), que sólo permite la detención de un menor cuando no sea posible aplicar otra medida³⁹. Utilizándolos no a mayor abundamiento (*obiter dictum*) sino como razón decisiva y suficiente (*ratio decidendi*), el TEDH declara lesionado el artículo 3 del CEDH: las autoridades inflingieron un trato inhumano o degradante sobre el menor al dejarlo en libertad sin ningún tipo de asistencia.

Como ya hemos recordado, del CEDH no sólo se deriva «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 efectiva⁴⁰. Esta obligación apremia especialmente cuando se trata de un colectivo cuya especial fragilidad y vulnerabilidad ha sido subrayada por el TEDH en diversas ocasiones⁴¹. Ya sea

³⁹ Entre otras muchas, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, n. 41615/07, de 6 de julio de 2010, § 135, *Rahimi c. Grecia*, cit., § 135.

⁴⁰ En este sentido, *K.A.B. c. España*, n. 28775/12, de 10 de abril de 2012, § 95; *Odièvre c. Francia*, n. 42326/98, de 13 de febrero de 2003, § 29; *Jaggi c. Suiza*, n. 58757/00, de 13 de julio de 2006, § 25; *X y Backlund c. Finlandia*, n. 36498/05, de 6 de julio de 2010, § 37. En relación con este concepto de «obligación positiva» en el marco del Consejo de Europa, véase, AKANDJI-KOMBE, J-F (2007) AKANDJI-KOMBE, J-F (2007), «Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Hand Book*, núm. 7, Council of Europe.

⁴¹ El TEDH considera que los niños representan uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, especialmente los menores inmigrantes ilegales no acompañados, y que debido a esta mayor fragilidad, la obligación de proporcionar una protección efectiva se

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. Así se deriva de los arts. 3.2 y 4 de la CDN: los Estados parte han de adoptar «todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas» para protegerles. Se trata de una consideración de una enorme importancia, pues en no pocas ocasiones realidad y legalidad van por caminos diferentes, como ya hemos comentado.

Ni en *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* (2006) ni en *Rahimi c. Grecia* (2011) se juzgó ley alguna sino la gestión que del fenómeno (la llegada de menores extranjeros) estaban realizando 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 principio del interés superior del menor puede llevar a una sentencia declarativa de haber infligido un trato degradante o inhumano⁴². El TEDH ha subrayado que para salvaguardar el CEDH no basta con examinar la conformidad formal de la ley con su articulado sino que se debe vigilar también si ésta efectivamente se cumple y la manera en la que se aplica⁴³.

III. LA BÚSQUEDA DE UNA «SOLUCIÓN DURADERA» COMO PRINCIPIO RECTOR DE CUALQUIER PROCEDIMIENTO EN TORNO A UN MENOR EXTRANJERO DETENIDO

Acabamos de recordar que el principio del interés superior del menor ha de primar en cualquier decisión que respecto de un menor se adopte. Esta

hace particularmente necesaria. En relación con la necesidad de adoptar medidas efectivas que preserven sus derechos, véanse entre otras: *Popov c. Francia*, cit., § 91; *Rahimi c. Grecia*, cit., §§ 85-86; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., § 251, *Oršuš y otros c. Croacia*, n. 15766/03, de 16 de marzo de 2010, § 147, *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., §§ 55-56; *Okkali c. Turquía*, n. 52067/99, de 17 de octubre de 2006, § 70; *X e Y c. Holanda*, n. 8978/80, de 26 de marzo de 1985, §§ 21-27; *Stubbings y otros c. Reino Unido*, ns. 22083/93 y 22095/93, de 22 de octubre de 1996, §§ 62-64; *A. c. Reino Unido*, n. 100/1997/884/1096, 23 de septiembre de 1998, § 22. La Sentencia *Siliadin c. Francia*, n. 73316/01, de 26 de julio de 2005, trata de una residente togolesa menor de edad víctima de eso que hoy se conoce con el nombre esclavitud doméstica. El TEDH por primera vez considera que el estado de servidumbre que ha sufrido la recurrente se asemeja a la esclavitud que prohíbe el artículo 4 del CEDH, censurando que la legislación francesa no tipifique en el código penal las conductas que conducen a situaciones como éstas (§ 112).

⁴² *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, cit., § 135.

idea, o qué pueda representar un trato adecuado, sólo se puede afrontar a partir de las circunstancias que se presenten en cada caso concreto⁴⁴. Otro concepto que se mueve en la misma incertidumbre es la noción de «*solución de futuro*» o de «*proyecto de vida*», que manejan los documentos del Consejo de Europa y de la UE que hemos utilizado en este estudio.

Es la Recomendación del Comité de Ministros, de 12 de julio de 2007, la que por primera vez 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 se subraya que el objetivo ha de ser «la integración del menor, [su] desarrollo personal y cultural, el alojamiento, la salud, la formación académica y profesional, y el empleo»⁴⁵.

Cuatro años después, la Resolución 1810 (2011) recupera esta noción cuando advierte que ningún menor no acompañado debiera ser rechazado en frontera ni deportado de manera sumaria sino puesto inmediatamente bajo la responsabilidad de un tutor legal independiente (esto es, sin relación jerárquica alguna con las autoridades competentes en materia de inmigración) que vele por sus derechos en todo el procedimiento encaminado a la determinación de su edad, si es que fuera necesario, y a la búsqueda de una *solución duradera* de acuerdo con su interés superior⁴⁶. Entre las circunstancias a va-

⁴³ En este sentido, por ejemplo, *Assenov y otros c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998, §§ 95 y 100 a 106; *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 54.

⁴⁴ Así lo reconoce en el Documento 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).

⁴⁵ Apéndice de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de julio de 2007 [CM/Rec(2007)9], cit.. Sobre el concepto, DRAMMEH, L., *Proyectos de vida para menores migrantes no acompañados. Manual para profesionales de primera línea*, Ediciones del Consejo de Europa, 2010.

⁴⁶ Véanse los principios 3º y 12º 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 y los apartados 6.9 y 118 del Documento 12539, de 21 de marzo de 2011, del Comité de Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que a este respecto se remite a la Recomendación CM/Rec(2007)9, cit.. Por su parte, los párrafos cuarto y quinto del artículo 3 de la Resolu-

lorar, el Documento 12539 de la Asamblea Parlamentaria se refiere a la edad, el sexo, los antecedentes del menor (su procedencia, su situación familiar, los motivos que le hubieren empujado a salir del país, su periplo migratorio), sus aspiraciones, sus posibilidades de integración en el Estado de acogida o en el de origen, y cualquier otro elemento que pudiera resultar relevante, como por ejemplo, que el menor pudiera haber sido víctima de una red ilegal de trata de seres humanos o de explotación sexual. La UE se pronuncia en este sentido en su Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010-2014): la «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. También la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013 subraya que ésta debiera ser la principal preocupación de las autoridades competentes, el principio rector que debiera regir cualquier procedimiento que en relación con un menor se ponga en marcha⁴⁷.

En consecuencia, a su llegada o cuando fueren interceptados, los menores no acompañados tendrían que ser individualmente interrogados por profesionales convenientemente capacitados; en un lenguaje comprensible para ellos, deberían ser inmediatamente informados sobre sus derechos, en presencia de un tutor (o guardián) legal que les asista en todos los procedimientos, y que desde el primer momento vele por que la Administración actúe de acuerdo con el principio del interés superior del menor, asesorándoles sobre la posibilidad de solicitar asilo o cualquier otra forma de protección internacional, así como sobre las vías para recurrir las decisiones que les pudieran afectar⁴⁸.

ción 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)».

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo en relación con los menores no acompañados en la Unión Europea, cit., especialmente apartados 8 y 11.

⁴⁸ Véase el artículo 3 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, cit. En *Rahimi c. Grecia*, cit., el menor 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. A ello se añade que durante la detención, la víctima no recibió asistencia legal ni asesoramiento de ningún tipo (§ 89). Al respecto, el TEDH señala que el Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones

Al respecto, tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento Europeo han subrayado la importancia no solo de que estos tutores puedan acceder a una formación continua sino también de que sean sometidos periódicamente a controles que garanticen su competencia en la materia⁴⁹. Se trata de una garantía que en puridad deriva de diversos textos internacionales. Así, el artículo 37 d) de la CDN 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 respuesta 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 judiciales⁵⁰. 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.

En la práctica, sin embargo, hay mucho que mejorar. Tanto la UE como el Consejo de Europa abogan por la conveniencia de un protocolo común

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*, cit., § 236, el TEDH 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 TEDH llega a la conclusión de que también hubo una violación del artículo 5.4 CEDH (§§ 93 y 120 a 121).

⁴⁹ Documento 12539 de la Asamblea Parlamentaria, cit., apartados 6.4 y 50. Véase del mismo texto el quinto de los quince principios comunes que los Estados parte están invitados a observar y a poner en práctica. En cuanto al Parlamento Europeo, véase su resolución de 19 de septiembre de 2013, cit., especialmente el apartado 16 de sus líneas estratégicas, donde se subraya que el tutor debe conocer la realidad a la que se enfrentan los menores no acompañados, que debe conocer la legislación en materia de asilo e inmigración y que en el ejercicio de su función debe actuar con total independencia respecto de las autoridades de inmigración; en el apartado 17 de esta resolución se invita a que los Estados miembros vigilen por que los funcionarios en contacto con este colectivo estén igualmente cualificados. Al respecto, *Compilation of texts related to child-friendly justice*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Consejo de Europa, mayo de 2009; BERRO-LEFÈVRE, I., «L'accès des enfants à la Cour Européenne des droits de l'Homme», *Journal du Droit des Jeunes*, núm. 272, 2008, p. 11.

⁵⁰ Observación General n. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

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. Ambas organizaciones coinciden en que una autoridad independiente y especialista en la materia debiera dar audiencia al tutor o representante legal de menor⁵¹, a las autoridades de inmigración, a los servicios de asistencia social⁵² y también al menor, cuya opinión debiera ser ponderada de acuerdo con su edad, su madurez y sin olvidar que los menores sufren con mayor intensidad cualquier acción o amenaza contra su persona. En esta dirección, como hemos adelantado, y partiendo del derecho que todos los Estados tienen a luchar contra la inmigración irregular⁵³, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa propuso la creación de un grupo de trabajo que articulase un procedimiento

⁵¹ 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 debiera adoptarse sin oír previamente al menor y a su representante legal. Véase también el apartado 98 del Documento 12539, cit.

⁵² 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 Documento 12539 del Consejo de Europa, cit.). El Documento 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 artículo 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 apartado 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 afectará a su desarrollo personal. También, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, 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 artículo 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».

⁵³ En este sentido, la STEDH en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., § 216, citando al efecto la Sentencia *Amuur c. Francia*, n. 19776/92, de 25 de junio de 1996, § 43.

marco común que inspirase la legislación y la práctica de los Estados miembros⁵⁴.

Llegar a una solución que sea la más beneficiosa para el desarrollo personal del menor sería el objeto de este procedimiento. Entre las soluciones posibles, reagrupar al menor con su familia es la preferida, aunque las dificultades son evidentes. Así lo advierten la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la UE: aún cuando el Reglamento «Dublín II»⁵⁵ subraya la obligación de buscar a los familiares del menor no acompañado, en la práctica la reunificación familiar en el país de origen (o allí donde se hallen) rara vez es posible. Unas veces porque la familia no es encontrada y otras porque en ocasiones el principio del interés superior del menor desaconseja la devolución. Así sucede cuando se advierte que la integridad, el bienestar o los derechos fundamentales del menor no están mínimamente garantizados. Sería el caso, por ejemplo, de una familia desestructurada o donde hubiese antecedentes de malos tratos, cuando el Estado de origen no se responsabilice de su procura existencial, o si se aprecia el mínimo riesgo de que el menor vaya a sufrir daños graves, tales como el trabajo infantil, la explotación, la violencia sexual, la mutilación genital femenina, la exclusión social, o la posibilidad de que se vea involucrado en un conflicto armado⁵⁶. En fin, la orden de retorno nunca debiera de dictarse sin garantizar previamente que el niño no va a quedar en desamparo a su regreso. Así lo ordena el artículo 10.2 de la Directiva 2008/115/CE cuando señala 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 materia. A estos efectos, la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa subraya la importancia de la cooperación con terceros Estados⁵⁷. Por último, el retorno se debe noti-

⁵⁴ El Documento 12539 (2011) del Consejo de Europa considera conveniente la creación de un grupo de trabajo que incluya a expertos gubernamentales, miembros de la sociedad civil y representantes de organizaciones internacionales relevantes que examine los 15 principios comunes señalados en esta Resolución, al objeto de elaborar una guía de principios relativos a la protección de los menores no acompañados.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Apartado 5.15 de la Resolución 1810 (2011) del Consejo de Europa, cit. Véase también el sumario y el apartado 80 del Documento 12539, cit.; y el apartado 137 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, cit.

⁵⁷ Al efecto, véanse los principios núms. 14 y 15 y los apartados 98, 112 y 114 del Documento 12539, cit. El apartado 10.2 de la Recomendación 1985 (2011), cit., también

ficar por escrito al menor y a su tutor si finalmente así se decidiera. Tal resolución debe de estar motivada, advirtiendo al interesado de la posibilidad de recurrirla, lo que debiera tener efectos suspensivos⁵⁸.

Añade la Resolución 1810 (2011) que una vez en el país de origen o de tránsito, 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 en las que éste se encuentre⁵⁹. Sin embargo, la propia relatora del documento preparatorio de esta Resolución advierte que de acuerdo con la legislación vigente, este seguimiento es prácticamente imposible.⁶⁰ Recomienda por ello que no se financien estructuras que faciliten la deportación a países en los que no funcionen correctamente los mecanismos de tutela apropiados.

Precisamente para garantizar que el menor no queda en desamparo cuando es retornado, algunos Estados han suscrito acuerdos bilaterales con los países de origen al objeto de construir en ellos centros de recepción de menores en el que puedan quedar ingresados a su regreso (por ejemplo, así se ha hecho con la República Democrática del Congo, Angola, Rumanía, Bulgaria, Afganistán, Iraq). Sin embargo, la relatora del documento, 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 huído de ellos a las 24 horas de haber ingresado, lo que no se compadece bien con la filosofía de buscar un proyecto de futuro para el menor⁶¹.

Si la decisión fuera el ingreso del menor en un centro de menores en el Estado de acogida, un informe realizado por *Human Rights Watch*, al que se remite el Consejo de Europa⁶², advierte que no estaremos ante 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 frac-

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.

⁵⁸ Documento 12539, cit., apartado 99.

⁵⁹ Apartados 5.14 y 15 de la Resolución 1810 (2011), cit. Véase también el Sumario y los apartados 80, 100 y 102 del Documento 12539, cit.

⁶⁰ Principios 14 y 15 del Documento 12539, de 21 de marzo, del Comité de Migración, Refugiados y Población, y apartados 96, 98 y 114 de este mismo documento.

⁶¹ El Documento, 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).

⁶² Documento 12539 de la Asamblea Parlamentaria, apartado 92, cit.

so para las partes implicadas en el proceso. Lo es sin duda para el menor por razones obvias, pero también para el Estado de acogida, que no rentabilizará los recursos hasta entonces invertidos para procurar la integración del menor.

Por último, la modificación radical que experimenta el estatuto jurídico del menor cuando alcanza la mayoría de edad es otro tema que con calma debiera ser estudiado. Se trata de un cambio extraordinariamente relevante y que se produce de un día para otro, pues al cumplir los dieciocho años es cuando 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 ante 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 desprotegidos⁶³. 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 artículo 6 de la CDN, aconseja que más allá de los dieciocho años siga estableciéndose durante un cierto tiempo algún tipo de régimen más favorable. El Parlamento Europeo también ha condenado recientemente la precaria situación en la que quedan estos menores cuando alcanzan la mayoría de edad, recomendando la adopción de mecanismos que encaucen de mejor manera este tránsito⁶⁴. Quizás el establecimiento de una prórroga de este estatus más beneficioso para quienes tratan de acceder al mercado de trabajo o para quienes continúan formándose, podría ayudar a este propósito⁶⁵.

IV. CONCLUSIONES

Europa se afana en los últimos años por encontrar elementos comunes que permitan construir una estrategia política constitucional en materia de

⁶³ Así lo reconoce el apartado 87 del Documento 12539 (2011), cit.

⁶⁴ Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., apartado 7. Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, cit., línea estratégica núm. 22.

⁶⁵ En este sentido, el Documento 12539 (2011), cit., que al respecto se remite a PICUM (2008), cit., p. 81.

derechos. Crear este espacio paneuropeo sin líneas divisorias exige articular procedimientos que garanticen de mejor manera los derechos humanos reconocidos en los Tratados y Convenios internacionales. La empresa lejos está de ser sencilla, pues los intereses y las preocupaciones nacionales no siempre coinciden. Más allá del reconocimiento normativo en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el CEDH, el legislador ha de tomar posiciones concretas sobre la titularidad y el alcance de cada uno de ellos. En las páginas que preceden hemos tratado de subrayar la preocupación que recientemente la UE y el Consejo de Europa han expresado por la situación en la que quedan los menores extranjeros no acompañados cuando son detenidos a causa de la irregularidad de su situación administrativa.

Los principios generales aplicables en la materia los encontramos en la Sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, fundamentada principalmente en la fuerza vinculante de la CDN y del CEDH. En 2011, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha tratado de dar un paso más: a la luz de los problemas que estos menores encuentran para ejercer sus derechos cuando son detenidos a causa de la irregularidad administrativa de su estancia o residencia, la Resolución 1810 (2011) y la Recomendación 1969 (2011) propusieron la articulación de un procedimiento marco común que a partir de esos principios inspirase la legislación y la práctica de los Estados miembros. La Unión Europea, en el *Plan de Acción para menores no acompañados (2010-2014)* y recientemente en la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 12 de septiembre de 2013, se ha pronunciado en la misma dirección, dejando patente una sintonía que anima al optimismo.

Por lo que al Consejo de Europa se refiere, la iniciativa de la Asamblea Parlamentaria no ha llegado a buen puerto. Sin mayor concreción, el Comité de Ministros (Documento 12966, de 26 de junio de 2012, apartados 6 y 7) ha considerado que esta propuesta de elaboración de una guía de principios con el objetivo de armonizar la tutela administrativa y jurisdiccional de estos menores debía mejor ser analizada en el marco del programa transversal «construir una Europa para y con los niños», quedando el proyecto en suspenso. A nuestro juicio, constatadas las debilidades del sistema de protección actual en el Informe elaborado por la Comisión de Migraciones, Refugiados y Población (Documento 12539 de 2011), en el que se apoya la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria, se debiera haber ordenado la constitución de una comisión que articulase una propuesta jurídica a la vista de los problemas ya advertidos. En absoluto la decisión del Comité de Ministros se compadece bien con la consideración de «cuestión prioritaria» que la propia Asamblea Parla-

mentaria ha concedido a la necesidad de proteger a los menores no acompañados cuando son detenidos.

En cuanto a la UE, la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 ya dejó patente la necesidad de ese mínimo común denominador en la materia, pero la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013 ha debido de nuevo recordarlo: en el seno de la UE los menores no acompañados son con frecuencia tratados como delincuentes, por lo que urge la aprobación de un procedimiento que acabe con la dispersión de la normativa existente, y que establezca las bases para una protección adecuada de sus derechos fundamentales⁶⁶.

Ciertamente el balance de todos estos años deja al descubierto la preocupación que la cuestión verdaderamente ha suscitado. Aún cuando una y otra vez se ha reconocido que las víctimas pertenecen a uno de los grupos más indefensos de nuestra sociedad y aún cuando las lesiones hayan sido suficiente y reiteradamente advertidas, la conclusión es que ha faltado voluntad política para implementar las medidas necesarias. Con todo, que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo hayan reconocido las deficiencias del sistema de protección, a nuestro juicio supone un punto de inflexión (insuficiente pero a destacar) en esta batalla por la conquista de los derechos.

La Sentencia *Rahimi c. Grecia* (2011) consideramos que también apunta en esa dirección que anima al optimismo: el Estado conculca el artículo 3 del CEDH (tratos inhumanos o degradantes) cuando el menor, una vez que sale del centro de internamiento y mientras se ejecuta la orden de expulsión, queda sin asistencia o en desamparo. Es la primera vez que el TEDH declara la lesión del Convenio por este motivo, reforzando considerablemente la obligación (positiva) estatal de arbitrar las medidas necesarias que garanticen una procura existencial suficiente. Los menores extranjeros no acompañados no representan sólo un problema de carácter administrativo sino, antes bien, un problema de derechos humanos. Los niños no pueden quedar abandonados a su suerte.

La búsqueda de una solución duradera de acuerdo con el interés superior del menor debe ser la principal preocupación de las autoridades competentes en materia de inmigración, el principio rector que debe regir sus actuaciones también en relación con una detención. Para ello es imprescindible que el

⁶⁶ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, cit., línea estratégica núm. 11.

menor detenido sea puesto inmediatamente bajo la protección de un tutor legal independiente de las autoridades competentes en inmigración. Los documentos en los que nos hemos centrado recuerdan al efecto que la decisión final que se adopte ha de buscar una «solución duradera», un proyecto de vida a partir de las circunstancias individuales de cada caso concreto. Cualquier consideración en torno a una posible «presión migratoria» ha de ceder frente a esta otra.

Entre las decisiones a adoptar, el retorno no debiera, pues, ordenarse sin un estudio previo que garantice que el niño no va a quedar desprotegido a su regreso. Al efecto, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa demuestra cómo los centros de internamiento construidos por los Estados de acogida en el territorio de los Estados de origen o de tránsito no han dado el mejor resultado. Pero también hemos dejado constancia del fracaso que supone que los menores acogidos en los Estados receptores queden en situación irregular al alcanzar la mayoría de edad.

Los derechos son fruto de un proceso progresivo de reconocimiento, y en esa cronología la Sentencia *Rahimi c. Grecia* y los documentos que en este trabajo hemos examinados son reflejo de una conciencia que debiera marcar un tiempo nuevo. Es urgente abordar la multiplicidad de problemas que esta realidad presenta desde el marco jurídico que nos ofrece la CDN. La Resolución del Consejo de la UE, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, y la Observación General n. 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ya denunciaron la situación «particularmente vulnerable» en la que éstos se encuentran. Los documentos de la UE y del Consejo de Europa de los últimos cuatro años (2010-2013) lo vuelven a recordar: los Estados han de tomar en consideración esta mayor fragilidad, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio y disfrute de sus derechos. El CEDH no puede ser para ellos una mera declaración de principios. El mayor reconocimiento que hoy tienen los derechos humanos y las libertades fundamentales exigen un mayor celo para proteger los valores en los que se inspira o fundamenta la Convención⁶⁷.

⁶⁷ *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., § 48: el TEDH considera «that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies» (see, mutatis mutandis, *Selmouni c. Francia*, § 101)».

LA NECESIDAD DE UN PROTOCOLO COMÚN EN EUROPA SOBRE LA DETENCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

RESUMEN: El Consejo de Europa y la Unión Europea, en varios documentos aprobados entre 2010 y 2013, reconocen abiertamente que en Europa no se han adoptado las medidas suficientes para garantizar de manera efectiva los derechos reconocidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) en relación con los menores extranjeros no acompañados. Por lo que se refiere a las condiciones en las que pueden ser detenidos, urge implementar un procedimiento común capaz de salvaguardar la tutela administrativa y jurisdiccional de estos menores. Aunque generalmente se admite que los niños han de ser tratados como niños, a menudo son tratados como migrantes. Que así se haya reconocido desde Europa, marca, a nuestro juicio, un punto de inflexión en esta batalla por la conquista de los derechos. La Sentencia dictada por el TEDH en el caso *Rahimi c. Grecia* (2011) que por vez primera califica como trato inhumano o degradante el hecho de dejar sin asistencia a un menor cuando, dictada la orden de expulsión, éste abandona el centro de internamiento pudiera ser reflejo del cambio de enfoque que este fenómeno exige a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: menores extranjeros no acompañados en Europa, detención, tratos inhumanos o degradantes, interés superior del menor, soluciones duraderas, proyecto de vida.

THE IMPORTANCE OF A COMMON PROTOCOL IN EUROPE ABOUT THE DETENTION OF UNACCOMPANIED CHILDREN

ABSTRACT: The European Union and the Council of Europe have reminded its Member States the obligation to provide special protection and assistance to unaccompanied children. The documents that in this paper we have studied —approved from 2010 to 2013— explicitly recognize that in Europe have not yet been adopted the measures required to protect effectively the rights recognized in the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989). Concerning the conditions of detention, children can not be treated as migrants. The EU and the Council of Europe agree on this idea when they promote the adoption of procedures to safeguard the administrative and judicial protection of these children. In this sense, we consider of a remarkable interest the European Court of Human Rights' judgment in *Rahimi v. Greece* (2011).

KEY WORDS: Unaccompanied children in Europe, detention, inhuman or degrading treatment, best interest of the child, durable solutions, project of life.

L'IMPORTANCE D'UN PROTOCOLE COMMUN EN EUROPE AUTOUR LA DÉTENTION DES MINEURS MIGRANTS NON ACCOMPAGNÉS

RÉSUMÉ: En ce qui concerne les mineurs étrangers non accompagnés, quelques documents adoptés par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne entre 2010 et 2013 reconnaissent que l'Europe n'a pas pris des mesures suffisantes pour garantir efficacement les droits reconnus dans la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant (1989). Plus précisément, il faut formuler une procédure commune capable de garantir la protection administrative et judiciaire de ces enfants lorsqu'ils sont détenus. L'Union Européenne et l'Conseil de l'Europe soulignent que les mineurs doivent être traités comme des enfants, mais sont souvent traités comme des migrants. Les institutions européennes l'ont reconnu, et nous considérons que cette plainte représente un point tournant dans la bataille pour les droits humaines. La Cour Européenne des Droits de l'Homme marche en cette direction: l'arrêt *Rahimi c. Grèce* (2011) qualifie pour la première fois comme traitement inhumain ou dégradant le fait de laisser un enfant sans protection lorsqu'il quitte le centre de détention. Cette décision reflète une façon d'aborder le phénomène de la migration des enfants plus en accord avec le Droit international des droits de l'homme.

MOTS CLÉS: Mineurs non accompagnés en Europe, détention, traitements inhumains ou dégradants, l'intérêt supérieur de l'enfant, solutions durables, projets de vie.