

I

Es hoy ya lugar común hablar del fenómeno migratorio como un producto *made in* globalización, una expresión directa de la profundización en las desigualdades económicas y de su creciente dimensión hasta cifras “alarmantes”, a decir de los países desarrollados, temerosos tal vez de una merma de riqueza, recursos, servicios, en definitiva bienestar económico y social, o quizás lamentablemente temerosos del milenario y saludable mestizaje. Buena parte de estos aspectos de la inmigración han sido y son analizados en esta misma obra, por lo que no se incidirá en ellos ni siquiera a título introductorio.

Sin embargo resulta difícil renunciar al uso de las estadísticas, aún a riesgo de resultar manido, para ilustrar una de las caras más recientes y menos abordadas de este proceso de dimensiones planetarias. Hasta este común recurso es arduo¹ en el supuesto que nos ocupa: sólo es posible reunir datos de forma fragmentaria, en los que, según fuentes diversas, en el período 2001-2004 las cifras en España aumentaron de 4057 a 9117 inmigrantes menores no acompañados², en 2005 se elevaron a 11.411³ y el rastro se pierde en estimaciones sin base en guarismos concretos a medida que nos acercamos al momento presente. A nivel europeo, el informe realizado en el año 2002 en el marco del programa europeo “Separated Children in Europe”⁴ estimaba que alrededor de 20.000 menores migrantes llegaban a la UE cada año. Y en el informe que en el año 2005 realizó el proyecto europeo Red se estimó en 30.000 el número de menores migrantes recibidos en 17 Estados miembros de la UE.

Si las migraciones empezaron siendo protagonizadas por el cabeza de familia, que se desplazaba en busca de recursos a países con economías más desarrolladas (caso modelo de la migración española hacia centro Europa en la década de los cincuenta y los sesenta), permaneciendo la mujer con los hijos en el país de origen y nutriéndose de las remesas enviadas por éstos -un modelo seguido inicialmente también en los comienzos del *boom* migratorio en España en la década de los ochenta, primero con varones procedentes del *Magreb* y después de países sudamericanos-, esos esquemas han cambiado rápidamente, apreciándose, como otras contribuciones ponen de manifiesto, una feminización de los flujos migratorios, con sus barreras específicas y sus necesidades particulares. Todo ello acompañado de unos rasgos propios que diferencia a las migraciones del siglo XXI de las de épocas anteriores⁵, pues nos encontramos ante movimientos de personas que permiten, gracias a la revolución de las comunicaciones y los transportes, no romper totalmente las redes sociales y familiares establecidas en el país de origen, lo que permite que los nuevos migrantes no se aíslen totalmente de los sistemas sociales y familiares del país de destino ni renuncien a los de su país de origen, sino que sean capaces de integrar elementos y convivir con ambos esquemas, generando un enriquecimiento de doble vía.

Y en ese *tsunami* humano que arroja personas vivas o muertas a las costas de los países desarrollados, han irrumpido con triste protagonismo los menores de edad, inmigrantes ilegales que por su tamaño se adaptan mejor al hueco de los bajos de un camión, a los motores de un avión, al maletero de un coche o al exiguo sitio sobrante de una patera o un cayuco para traspasar una frontera en la que les va no sólo la vida propia sino muchas veces también la del conjunto de su familia. No caben sino en la categoría de “ilegales”, como gustan decir las economías saneadas del norte, o “irregulares”, como con pulcritud el derecho los clasifica, pues, salvo para ejercer el derecho de reunificación familiar de alguno o ambos progenitores, residentes legales en el país de acogida, todas las demás posibilidades de entrada legal se esfuman, excepto casos muy contados de autorizaciones para estudio.

Son, en segundo lugar, los que más padecen los efectos negativos de este tipo de migración, pues se trata de personas en plena fase de formación y capacitación profesional que,

como consecuencia del desplazamiento irregular, interrumpen su proceso normal de aprendizaje, acumulándose en la mayoría de los casos retrasos importantes en su ciclo educativo normal.

En tercer lugar se trata de individuos en período activo de consolidación de la personalidad y el carácter en los que, a la desestabilización normal de la adolescencia ocasionada por el propio proceso fisiológico, se añaden, como una contribución sumamente destructiva, el desarraigo, la soledad, la desprotección, la pérdida de la infancia o la adolescencia, el miedo o el contacto con ambientes marginales, factores todos ellos que pueden acabar abocándoles con a la delincuencia, dada su menor capacidad de defensa.

Pero precisamente porque son menores y emprenden un viaje ilegal solos componen un grupo de especial riesgo, en la medida en que pueden ser víctimas más fáciles de captar por redes mafiosas o explotadoras, siendo así que no integran aún una categoría específica de protección reforzada como sí lo son los beneficiarios del asilo o del refugio. Es más, la convención internacional que debiera servir para dicha protección no ha sido ratificada por la totalidad de los Estados y descansa sobre algunos conceptos o principios poco pacíficos en cuanto a su concreción y obligatoriedad para los Estados, de alto valor programático pero limitada efectividad práctica a la hora de ofrecer protección. Y aquellas que cubren la actividad propiamente migratoria desconocen la regulación de este fenómeno en el caso de los menores, por lo que la laguna viene a resaltar el drama aún más si cabe. No parecen, pues, éstas escasas o magras razones para intentar definir los derechos del menor migrante no acompañado, así como algún sistema de protección.

II

En la persona del menor migrante coinciden dos elementos básicos susceptibles de definir su estatuto jurídico internacional: su condición de menor y su condición simultánea de migrante. Al igual que el ordenamiento jurídico internacional trata de disminuir –si no hacer desaparecer– los conflictos de nacionalidades concurrentes en una misma persona que pudieran convertirle en última instancia en apátrida, y aún en este último e indeseable supuesto ha provisto a éstos de un estatuto de protección reforzada por la desprotección que la ausencia de nacionalidad puede suponerle, en el caso del menor migrante la coincidencia de una doble condición susceptible de procurarle cierto grado de desprotección debiera ser atajada con la misma decisión y en similar sentido. Hasta el momento, sin embargo, esta manifestación no se ha producido, siquiera sea en grado de tentativa.

Cuando se trata de concretar los derechos que asisten al menor es prioritario definir de antemano lo que el Derecho internacional entiende por tal. Conforme al artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁶ se entiende por tal “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁷. Este límite se ha generalizado posteriormente también en el caso de la participación en conflictos armados, permitido inicialmente en la Convención a partir de los quince años, conforme a su artículo 38, por el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, en su artículo 3.1⁸. Ciertamente, dado el contenido de la Convención, podría considerarse que se trata de una definición concebida desde la óptica de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales, y que podría no ajustarse a la concreta situación del menor migrante que está intrínsecamente unido a factores también de tipo económico. Sin embargo esta misma definición y límite de edad se repite en otro instrumento de marcado carácter económico y directamente relacionado con la migración, como es el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil⁹.

Así pues el menor, por el hecho de serlo, disfrutaría de los siguientes derechos: a la vida y al desarrollo (art. 6); a la inscripción de su nacimiento y por derivación a un nombre y a una nacionalidad (art. 7) y a preservarlos (art. 8); a conocer, en la medida de lo posible, a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7); a no ser separado de sus padres en contra de la voluntad de éstos

o ser privado del contacto con éstos (art. 9); a expresar su opinión libremente y a ser escuchado en todos los asuntos que le afecten (art. 12); a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de pensamiento (art. 14); a la libertad de asociación y de reunión pacífica (art. 14); a la vida privada y familiar, a la intimidad y al secreto de la correspondencia, a su honra y a su reputación (art. 16); a la información (art. 17); a la integridad física y mental (art. 19); a la protección y asistencia por el Estado en caso de ser privados temporal o permanentemente de su medio familiar (art. 20); al refugio (art. 22); a la salud (art. 24); a un nivel de vida adecuado (art. 27); a la educación (art. 28); a su propia cultura (art. 30); al descanso y el esparcimiento (art. 31); a no ser sometido a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes o detenido arbitrariamente y, en su caso, a un juicio justo sin dilaciones indebidas (art. 38).

No sólo el menor migrante debe disfrutar de todos estos derechos considerados como fundamentales sino que, además, debe hacerlo sin ningún tipo de discriminación en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2.1) y, consiguientemente, el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre el menor migrante está obligado a reconocer, respetar y proteger estos derechos, no sólo como una obligación negativa o de abstención sino como una obligación también activa, en la medida en que están obligados a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar adicionalmente la ausencia de toda discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares (art. 2.2).

Además, a la hora de adoptar cualquier decisión en relación con el menor, las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre éste están obligados, en virtud de la Convención, a la hora de adoptar cualquier decisión, a atender al interés superior del menor como elemento primordial (art. 3.1). El principio del interés superior del menor constituye la piedra angular de la Convención¹⁰ y ha sido *formalmente* incorporado a las legislaciones nacionales en relación a los menores así como en la incipiente política de inmigración de la UE.

Cuestión diferente es su alcance práctico y su efectividad de cara a una protección reforzada de los derechos del menor. A este respecto partimos con Dworkin de la base de que, como principio garantista, constituye una proposición que describe un derecho¹¹, que a su vez permite ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Y en virtud de ello en este caso la defensa del interés superior del menor dejaría de ser un objetivo social deseable –perseguido por una autoridad progresista o benevolente- y pasaría a ser una obligación jurídica de la autoridad, superando así el paternalismo tradicionalmente ligado al tratamiento de los asuntos relacionados con la infancia¹², e incluso de las instituciones privadas (art. 3.1) y que en relación con el menor cobra absoluto sentido pues, por la falta de madurez o juicio que puede presuponerse a éste, el ordenamiento internacional, como en el caso de las personas incapacitadas, podría haber atribuido potestades a los adultos en lugar de derechos a los menores. El principio cumple tres funciones esenciales en relación a la Convención: una función interpretativa de la Convención como tal y de los derechos en ella contenidos o de éstos entre sí en caso de conflictos entre ellos; una función de priorización de estos derechos de la infancia frente a intereses colectivos, en conflicto o no con éstos; y una garantía de cumplimiento integral de los mismos. Y es que si algunos de estos derechos permiten ciertos límites a su ejercicio en el marco de una “Estado democrático de Derecho”, límites admitidos por otra parte en otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, claramente en el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, otros son derechos reconocidos con carácter absoluto, de donde se deduce la existencia de un núcleo duro de derechos no sólo inderogables sino que además no admiten límites a su ejercicio y, por tanto, prevalecerían frente a cualquier interés individual o colectivo de terceros, incluido el Estado, entre los que se contarían el derecho a la vida, la nacionalidad, la identidad, la libertad de pensamiento y de conciencia, el

derecho a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc) y las garantías propias del derecho penal y del proceso penal¹³. En todo caso es importante insistir en que el disfrute de todos estos derechos “limitables” o no, pero aún con más contundencia si cabe en el caso de los derechos pertenecientes al núcleo duro, no puede ser objeto de discriminación de ningún tipo, incluida la diferente nacionalidad

Son derechos que a grandes rasgos coinciden con el estándar mínimo de trato que el actual derecho internacional general por vía consuetudinaria ha consolidado en favor de los extranjeros, a los que se suman algunos específicos de la infancia.

Más problemático sin embargo resulta quilatar los derechos que se derivarían, en su caso, de la segunda de las cualidades que concurren en estos extranjeros desprotegidos: la de migrante. Pese a la multiplicidad de convenios internacionales que en los más diversos ámbitos regulan la situación y los derechos del trabajador migrante¹⁴, ninguno de ellos está específicamente centrado en la protección del menor migrante, por lo que los derechos que en estos convenios se contemplan, en primer lugar se reconocen sólo a favor del trabajador inmigrante regular, mayor de edad, legal o documentado, y sólo hacen referencia al menor al hilo de la regulación del derecho de reagrupación familiar de dicho trabajador, pero nunca como considerado obviamente como un trabajador¹⁵ en sí mismo. Y, en segundo lugar, automáticamente y por exclusión relegan al menor migrante a la categoría de ilegal, pues tanto en el ámbito universal como europeo se entiende como trabajador migrante regular aquellos nacionales de un Estado autorizados a ingresar y permanecer en él con el fin ejercer una actividad remunerada en otro Estado, denominado Estado de empleo o de acogida, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos en que ese Estado sea parte”¹⁶. Pero, de conformidad con la mayoría de las legislaciones laborales de los Estados desarrollados, destinatarios de estos flujos migratorios, dichos trabajadores para serlo han de ser mayores de edad, pues se entiende que hasta ese momento, los dieciocho años, es prioritaria la educación, formación y capacitación del niño, siendo obligatorio para los Estados proteger a éste contra el desempeño de cualquier explotación económica o el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.¹⁷

Lamentablemente, en el caso del menor migrante no acompañado que ingresa en el territorio de la UE irregularmente y en muchas ocasiones absolutamente indocumentado por cualquier punto fronterizo con el objetivo de trabajar, el vacío legal es inevitable. Ni una sola disposición de los convenios que en el ámbito internacional tutelan los derechos de los trabajadores han sido sensibles a esta realidad, excepción hecha de la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, adoptada por resolución de la Asamblea General 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y en la que, por vez primera, se positiva el conjunto de derechos que todo trabajador migrante, independientemente de su presencia regular o irregular en el país de acogida, obligatoriamente debe disfrutar, lógicamente al margen de la posible concurrencia de la circunstancia de la minoría de edad. De nuevo esos derechos coinciden básicamente con los enunciados anteriormente, aunque sensible a la naturaleza esencialmente económica de la mayoría de los flujos migratorios actuales, consagra adicionalmente algún derecho social propio del estado de bienestar como es el derecho a la asistencia sanitaria (art. 28) o de tipo económico ausente en instrumentos anteriores como el derecho a no ser privado arbitrariamente de sus bienes (art. 15), a transferir sus ingresos y ahorros (art. 32) y a un trato igualitario respecto de los trabajadores nacionales, una vez que se demuestra su actividad laboral independientemente de que su permanencia en el Estado de destino sea regular o irregular, respecto de las condiciones de trabajo y la remuneración y otras condiciones de trabajo (art. 25), así como en todo lo relativo a la seguridad social (art. 27). Pero la Convención no es absolutamente ajena a la situación que nos ocupa, por eso a pesar de que la regulación está orientada a trabajadores en principio mayores de edad, al regular los derechos y garantías básicos del proceso penal hace una salvedad para

establecer que “en el procedimiento aplicable a los menores, se tendrá en cuenta su edad y al importancia de promover su readaptación social”. De hecho, hasta el momento presente el ordenamiento jurídico internacional no cuenta con ninguna otra disposición convencional que, en este mismo sentido, proteja expresamente al menor migrante no acompañado o al menor inmigrante irregular. Y la que existe no ha recibido un apoyo decisivo de la comunidad internacional de Estados, pues tan sólo 37 han ratificado la convención, siendo todos ellos países de origen de los actuales flujos migratorios, siendo total la ausencia de Estados ratificantes o siquiera firmantes pertenecientes al grupo de países desarrollados receptores de inmigrantes¹⁸, por lo que su virtualidad práctica es más que discutible.

III

Si ésta es en principio la única regulación y, por lo tanto, la única protección positivada a favor del menor migrante en el ordenamiento jurídico internacional en el plano universal, habrá que valorarla a la luz de la realidad a la que se aplica.

En primer lugar la instantánea de los menores migrantes no acompañados no beneficiarios del estatuto de refugiado ni amparados bajo el asilo, esto es, en situación irregular, viene compuesta fundamentalmente por varones, pudiendo considerarse minoritarios los caso de niñas, y esto tanto si tenemos en cuenta la migración de América del Sur hacia América del Norte, Europa o el caso concreto de España. En todo caso se advierte una tendencia creciente al aumento de la migración de niñas menores de edad, tanto en América del Norte como en Europa¹⁹. En el caso de España en un alto porcentaje proceden de Marruecos. En todos los casos la edad de llegada oscila entre los 14 y los 17 años, aunque parece consolidarse una tendencia a la baja en la edad mínima, registrándose casos de hasta 9 años²⁰.

No son niños de la calle sino que convivían con sus familias nucleares en sus países de origen, aunque sí proceden de familias muy humildes y afrontan grandes dificultades económicas en sus países de origen, en el caso de los subsaharianos suelen presentar retraso educativo, una característica que se invierte si atendemos a los menores sudamericanos emigrando hacia el norte, y con frecuencia tanto en el caso de las migraciones de menores en el continente americano como en los desplazamientos hacia la UE ya trabajan o han trabajado ocasionalmente en sus países de origen²¹. La situación de penuria en que viven con sus familias es el principal motivo que les empuja a emigrar; en los casos de familias monoparentales por muerte del padre, en especial en sociedades que no brindan posibilidades de trabajo a la mujer, pueden ser empujados por sus madres a emigrar e intentar mantener a su familia desde la distancia.

Estas circunstancias y su falta de madurez les lleva a desarrollar unas expectativas personales irreales, distorsionadas, cuya frustración les genera graves trastornos, a los que se unen los estragos que la rápida acogida de los hábitos de la sociedad de consumo produce en ellos. A ello contribuye de un parte sus carencias educativas y escasa formación laboral, y de otra el desconocimiento en la mayoría de los casos de la lengua y cultura del país de destino. Encuentran dificultades en su adaptación e integración que afrontan con una casi absoluta carencia de recursos materiales y familiares, con el peligro que esto conlleva de claudicar ante redes de explotación, mafiosas, etc., a pesar de que su motivación para emigrar no es delinquir y ni parece que tal fuera su conducta en los países de origen. En el caso de producirse actos delictivos, éstos suelen ser pequeñas infracciones la mayoría de los casos contra la propiedad²². El transporte preferido tradicionalmente para llevar a cabo la entrada ilegal ha sido vehículos para el tráfico rodado (coches, camiones, autobuses) o en el caso del cruce ilegal Estrecho de Gibraltar para entrar en territorio comunitario, como polizones en barcos, aunque se ha incrementado la presencia de menores en pateras, lo que ha hecho aumentar también su cifra de mortalidad²³.

Se impone, pues, el análisis de la respuesta institucional nacional que se produce una vez el menor emigrante no acompañado e irregular es detectado en territorio comunitario. Podría decirse que el vacío respecto de una total protección del menor como menor migrante y no

acompañado, que ingresa solo en una sociedad desconocida que le ve con aprensión y desconfianza²⁴, se reproduce en similares términos a los ya vistos en los instrumentos internacionales de protección. A ello hay que sumar el “infernol laberinto administrativo” que éste debe resolver para obtener al menos la protección básica a la que tiene derecho, disponer de un permiso que le reconozca el derecho a existir legalmente y, en última instancia, como un dorado inalcanzable, el acceso al trabajo.

En la medida en que el cruce de las fronteras implica el ingreso en el territorio de un Estado diferente al de la nacionalidad, el principio de la soberanía estatal entra en juego con énfasis reforzado si cabe, pues son las competencias territoriales uno de los reductos del actual Derecho internacional en los que dicho principio se manifiesta aún en su concepción más absoluta. Consiguientemente, el ingreso del menor en el territorio del Estado de acogida queda sometido a la legislación que éste haya adoptado al respecto, esto es, a las respectivas leyes nacionales que regulan la extranjería. Adicionalmente los Estados de origen -en la práctica totalidad de los casos países desarrollados del Norte- cuentan con sus propias legislaciones nacionales en materia de protección de menores, que serán también de aplicación al supuesto que nos ocupa²⁵.

Tal es el caso del ordenamiento jurídico español, en cuyo caso al menor migrante serán de aplicación la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁶ en la medida en que se trata de personas de nacionalidad extranjera que se encuentran en territorio español (art. 1). De otra parte en ellos concurre igualmente la circunstancia de ser menores de edad, por lo que además se encuentran sujetos a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en la medida en reúnen las condiciones establecidas en su art. 1. Pero desde el momento en que el enfoque de estas dos leyes es radicalmente diferente, las dificultades se reproducen. Es bien conocido el giro de enfoque que, a raíz de la reforma por L.O. 8/2000, la normativa española en materia de extranjería experimentó, habiéndose abonado la ley española al conjunto de países que, convertidos en destino preferente de los flujos migratorios de carácter económico, ponen su atención en una regulación represiva y poco integradora de la misma, centrándose en el control de la entrada, endurecimiento de las condiciones para obtener cualquier modalidad de visado o permiso de estancia o residencia y de trabajo, y la generalización de la expulsión como medida preferente de sanción.

Este planteamiento, poco adecuado *per se* a los movimientos de personas en general, es aún si cabe menos adecuado como punto de partida para regular la situación de los menores migrantes no acompañados que son detectados en territorio español.

Para que el menor migrante pueda entrar regularmente en territorio español, conforme a lo establecido en los arts. 25 y 26 de la Ley de extranjería y el art. 30 del su Reglamento, así como el párrafo tercero de la Resolución del Consejo de la UE relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros, ha de estar en posesión de los documentos legales necesarios: (pasaporte y visado), y la acreditación de los medios económicos suficientes, además de la autorización de los padres avaladas por las autoridades de seguridad del país de origen del menor. Si no dispone de dichos documentos el menor será rechazado en la frontera. Lo normal será que las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado los descubran una vez en territorio español, o que éstos se presenten ante éstos alegando su minoría de edad para poder reclamar asistencia.

Conforme a los requisitos establecidos por los arts. 1 y 25 de la Ley de extranjería, el menor migrante no acompañado se enfrenta a un primer problema, pues en la mayoría de los casos no dispone de documentos de identificación: ser reconocido como tal para poder ser protegido y asistido, esto es, someterse a una prueba de identificación, que en sus rasgos básicos sigue siendo fiel a la establecida en el sistema norteamericano en la década de los treinta para varones blancos de clase media y que no está actualizada ni es suficientemente fiable aplicada a menores subsaharianos o norteafricanos²⁷, como tampoco parecen serlo los controles biométricos últimamente propuestos²⁸. Esta prueba determinará una horquilla de edad mínima y máxima, estando obligadas las autoridades a aceptar el límite mínimo de la horquilla como la edad del

menor identificado, lo que en ocasiones provoca que se incluyan como menores migrantes no acompañados y se les procure la asistencia que la legislación española establece en favor del menor a nacionales de terceros Estados que no lo son y que convivirán estrechamente con los menores²⁹. Pero además dicha prueba de identidad se realiza sin que el menor pueda disponer de asistencia jurídica con carácter previo y sin posibilidad de impugnar los resultados obtenidos en la misma a posteriori o de una segunda oportunidad, lo que vulnera de entrada el derecho del menor a ser oído antes de adoptar una decisión que es vital para su protección o bien de recibir asistencia legal antes de que dichas decisiones sean adoptadas, tal y como a su favor lo establecen el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y el principio del interés superior del menor.

Identificado el menor migrante no acompañado como tal, las autoridades españolas están obligadas a ofrecer tutela a éste a través de los servicios competentes, declarándolo en desamparo (art. 172 Cc), designado un tutor y comunicando el hecho al Ministerio Fiscal, conforme a la Ley de Protección del Menor (arts. 13 y 18), proveyéndolo de alojamiento, ropa y alimento. Pero sólo la declaración de tutela del menor permite que éste tenga garantizado todos sus derechos fundamentales adicionales: acceso a la educación adecuada, asistencia legal o de interprete cuando sea necesario, derecho a una eficiente capacitación y a la inserción social, un cuidado adecuado incluida la asistencia sanitaria, y a ser oído en todas las decisiones que le afecten³⁰.

El siguiente paso será la ubicación del menor migrante -en tanto se localiza a su familia a efectos de repatriación, o se decide sobre la concesión de la tutela y la residencia que ésta lleva aparejada- como forma de satisfacer su derecho a vivienda y alimento. En el caso de España ese derecho se satisface internando al menor en un centro de acogida para menores migrantes no acompañados³¹, segregándolos de entrada de la población semejante nacional, por lo general con un índice de ocupación muy por encima de aquel para el que fueron creados³² y desde luego muy por encima de lo deseable en aras de una correcta educación en el más amplio sentido del término, socialización y adaptación³³, si se tiene en cuenta que haber dejado atrás el núcleo familiar supone una total desintegración, en la medida en que el menor deja atrás su marco fundamental de pertenencia perdiendo así la mayor parte de las funciones que éste le aporta, el “sistema de seguridad social” familiar. En dichos centros conviven menores de todas las edades y son atendidos en la mayoría de los supuestos por subcontratas que los servicios de protección del menor realizan, que en el mejor de los casos serán ONGs -de ahí el interés de sus informes- y en otros serán empresas privadas que han encontrado en estas situaciones una oportunidad lucrativa. Pese a que dichos centros y su funcionamiento están, conforme al art. 21.3 y 4 de la Ley del menor, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, son pocas las ocasiones en que se ha documentado la intervención efectiva de éste al respecto³⁴.

Por lo que respecta al derecho a la atención sanitaria se ha puesto de manifiesto en el caso español la existencia de menores migrantes no acompañados que por no tener un residencia estable en un centro de internamiento no disponían de una tarjeta de atención sanitaria que les permitiese acceder al sistema sanitario español, salvo en supuestos de asistencia sanitaria de urgencia en cuyo caso se dispensa dicha atención independientemente de la posesión o no de la citada tarjeta³⁵, por lo que se viene recomendando la entrega de una tarjeta sanitaria a todo menor migrante no acompañado identificado independientemente de que fije su residencia estable en un centro de acogida³⁶.

Es evidente que, después de una oportunidad laboral en el país de origen, el recurso más valioso para los menores migrantes no acompañados es el acceso y obtención de una formación laboral, por otra parte un derecho fundamental exigible al país de origen. En el caso español, con estar prevista la atención educativa al menor migrante en igualdad de oportunidad y su acceso libre a la enseñanza primaria y secundaria gratuita (art. 27 de la Constitución española y art. 10 de la Ley de Protección del Menor) la obtención de un reconocimiento oficial y documental imposible en, en muchas ocasiones de la práctica, como consecuencia de sucesivos obstáculos en el procedimiento administrativo por carecer de un número de identificación oficial a falta de

reilación de su expediente administrativo de regularización oficial de su residencia o de su permiso de trabajo, en su caso el NIE, que todos los residentes documentales debieran tener, un mal que podría solucionarse concediéndoles un permiso oficial de residencia temporal en tanto se resuelve definitivamente su petición, de manera que el tiempo y el esfuerzo invertidos en su formación en el ínterin no sean en vano.

Finalmente el menor migrante se enfrenta a la aventura de conseguir la permanencia en el país de acogida obteniendo residencia legal en el mismo. En el caso de España, en virtud de lo dispuesto en el art. 35.4 de la Ley de extranjería, se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una administración pública; pero esta residencia legal caduca automáticamente el día que el menor cumple 18 años, en cuyo caso debe abandonar en un período máximo de 72 horas el territorio nacional. Tan sólo si consigue un permiso de trabajo antes de esa fecha crítica que justifique la concesión de residencia legal podría permanecer en el país regularmente. Cuestión diferente es la concesión de la residencia como consecuencia de la obtención de la condición de refugiado, si éste solicitó asilo a la entrada en el país o cuando fue detectado por las autoridades nacionales o bien por la concesión de residencia por razones humanitarias a través de la aplicación de la legislación de asilo, supuestos éstos que quedan fuera del ámbito de este estudio por ser objeto de atención en otro capítulo.

En la práctica en el ejemplo español existen una serie de trabas administrativas a lo largo del proceso de regularización de que minan los esfuerzos por fomentar el interés superior del menor, entre otras causas por la falta de diligencia de los servicios implicados –Servicios de Protección del Menor y Delegaciones del Gobierno de las Comunidades autónomas- y falta de colaboración y entendimiento entre ellos. A este respecto es significativo el comentario del Comité de los Derechos del niño en su Observación nº 5, al señalar: “(...) su profunda alarma por las condiciones de los niños extranjeros no acompañados (...) En particular, le preocupan las denuncias de las situaciones siguientes: (...) b) El hecho de que no se haya concedido a esos niños el permiso de residencia provisional al que tenían derecho por ley porque el Departamento de Bienestar Social, que era su tutor legal, no lo solicitó”³⁷. De hecho, dependiendo de en qué momento decidan las autoridades competentes de cada comunidad autónoma iniciar el expediente de regularización –tras comprobar en su caso que el retorno no es acorde con el interés superior del menor; tras el transcurso de nueve meses (tiempo máximo autorizado por el art. 62 del Reglamento de extranjería) independientemente de la valoración de la conveniencia o no del retorno, como plazo obligatorio; tras comprobar si el menor se adapta bien al sistema de protección independientemente de todo plazo, *sine die*- el menor tendrá posibilidades de regularizar su situación a tiempo o no. Pero además el menor necesita tramitar un permiso de trabajo antes de cumplirlos 18 años; para ello necesita una oferta previa, que vendrá habitualmente de la mano de empresas y patronos que hayan conocido previamente al menor, por lo general en períodos de formación en prácticas incluido en su periodo de formación laboral; y para poder acceder a este sistema de prácticas necesita previamente el permiso de residencia, con lo que todo el proceso se convierte en un círculo vicioso sin salida. Por lo tanto, el grado de protección del menor migrante no acompañado varía en función de la voluntad política de la Comunidad o ciudad autónoma competente a la hora de interpretar la normativa aplicable, que se desarrolla en el marco de un sistema en el que la opinión del menor migrante está casi permanentemente ausente y en el que éste no dispone de un mecanismo de denuncia de las cuestiones más básicas en relación con las condiciones en que vive como en relación con las decisiones que sobre él se adoptan³⁸, dando pie a un sistema caótico, injusto, arbitrario, desigual y prácticamente sin esperanza para el menor, lo que suele abocarles bien a escapar de sus respectivos centros de acogida para intentar probar mejor suerte en otra comunidad autónoma, o, ya como inmigrante irregular, a ingresar en la economía sumergida, redes de explotación y círculos de marginalidad.

Pero el período intermedio antes descrito también puede finalizar con la decisión de repatriar la menor; de hecho es ésta la opción priorizada tanto por la Ley de extranjería (art. 35) como por su reglamento (art. 62), amparándose en una interpretación *sui generis* del principio de

reunificación familiar en lugar del principio del interés superior del menor³⁹. Para proceder a la repatriación del menor el Reglamento de extranjería exige la localización de un miembro de su familia o de los servicios de protección del menor que se harán responsables de éste en el país de origen (art. 62.4), y la confirmación de que en ningún caso existe riesgo o peligro para el bienestar del menor o de su familia en su retorno. En la práctica, y pese a que la Ley de extranjería asigne a la Administración General del Estado la responsabilidad de decidir en materia de repatriación (art. 35.3), son los Servicios de Protección del Menor los que están asumiendo esta función; éstos en todo caso deben ser oídos con carácter previo a la decisión del Gobierno (art. 62.4 Reglamento de extranjería) y mantendrá informado de las actuaciones realizadas al respecto al Ministerio Fiscal, pero nada se dice acerca de la participación del menor, de trámite alguno previo de audiencia de éste respecto de la decisión de su repatriación, y sólo será oído si así lo deciden los servicios de protección del menor que no están obligados a ello, no estando previsto en ningún caso su asistencia jurídica⁴⁰. Dada esta situación el Fiscal de Menores debería desempeñar un papel fundamental en la valoración de cada uno de los casos (art. 174 Cc), interviniendo en nombre del menor en caso de detectar una decisión de repatriación que no fuese acorde con el interés superior del menor, pero en la práctica, sin embargo, el Fiscal de Menores ha participado en la evaluación de muy pocos expedientes de repatriación⁴¹, y ello a pesar de la Recomendación del Comité de ministros del Consejo de Europa nº (2005)5, de 16 de marzo, que establece el deber de garantizar “un sistema eficaz de supervisión y control externo de las instituciones de acogida” en el caso de los niños que viven en instituciones de acogida⁴².

Así pues, vista la priorización desde el punto de vista político a favor de la repatriación y la ausencia de participación de personas e instituciones claves en la toma de esta decisión cabe sospechar que prácticamente todos los menores migrantes son acompañados residentes en España pueden ser devueltos sin escrúpulo sin traba legal a sus países de origen. Sin embargo factores no controlables desde la administración española han cercenado esta tendencia, contándose de hecho pocas repatriaciones en la práctica hasta hace relativamente poco tiempo, en que nuevas soluciones han sido ensayadas con éxito en esta misma línea.

En efecto, la dificultad para cumplir con los dos requisitos exigidos alternativamente por el reglamento de extranjería –la localización oficial de la familia del menor o de la autoridad competente en el país de origen de la tutela del menor a falta de localización de la familia del menor- ha impedido culminar esta política. En todo caso cuando éstas se han llevado a cabo la entrega de los menores, a falta de previsión explícita en el Reglamento de extranjería, se han efectuado no a la familia del menor ni a los responsables de los servicios sociales del menor en el país de origen sino a las fuerzas de seguridad del país de origen, sin preocuparse de si éstos volvían o no con sus familias o ingresaban de hecho en un centro de acogida adecuado. Esta práctica, que desde todos los puntos de vista viola los derechos fundamentales del menor consagrados a nivel internacional, ha sido duramente criticada por el comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, afirmando que: “(...) La expulsión sumaria de niños sin procurar que sean devueltos en efecto a sus familias o a los organismos de asistencia social de su país de origen”⁴³.

Finalmente, para dar cobertura legal a esta práctica, el Estado español firmó un Memorandum de entendimiento entre el Reino de Marruecos y el Reino de España sobre repatriación asistida de menores no acompañados de 23 de diciembre de 2003, que posibilita la devolución y repatriación de todos aquellos menores no acompañados de nacionalidad marroquí que se encuentren o intenten acceder al territorio español de manera ilegal, lo que incluye a todos los que se encuentren irregularmente en España así como todos los descubiertos en la frontera intentando entrar en el país. Todo ello sin necesidad de supervisión judicial o intervención de los servicios sociales ni de conocer la opinión del menor al respecto, ni de hacer entrega de éste a su familia o a los servicios sociales que deben encargarse de él, ni saber si efectivamente la familia quiere o puede hacerse cargo del mismo, convirtiendo por tanto a la repatriación en un fin en sí mismo.

En resumen: sólo después de pruebas de identificación insuficientes y consentidas de forma ciega por el menor, sin ningún tipo de asistencia legal ni posibilidad de recurso posterior, son admitidos temporalmente en tanto se procura su repatriación o se tramita su residencia legal. Las condiciones de vida en ese intervalo están por debajo del umbral de los derechos humanos que el derecho internacional y la normativa estatal le reconocen al menor. La vida del menor, una vez declarada la situación de desamparo y establecida la tutela a cargo del Estado español, se convierte en una carrera de obstáculos donde las condiciones de vivienda, la atención sanitaria y sobre todo, la formación son difícilmente alcanzables y, aun cuando se logra, se obstaculiza su constancia y certificación.

Existe una manipulación expresa, voluntaria y consciente de los plazos de resolución de las distintas fases del procedimiento administrativo a fin de evitar que menores que al cumplimiento de los 18 años pudieran quedarse en territorio español y obtener la residencia legal tengan opción a ello, retrasando deliberadamente al resolución de su expediente administrativo mediante interpretaciones arbitrarias y dispares de la normativa aplicable, nunca en adoptadas en respecto del principio del interés superior del menor.

La repatriación se lleva a cabo en contra de las garantías establecidas a favor del niño a nivel internacional, devolviéndole a situaciones no seguras que podrían procurar al menor tratos crueles, inhumanos o degradantes expresamente prohibidos por múltiples convenimos internacionales en los que España es parte, convirtiéndose en objetivo central y perfeccionando su cobertura legal progresivamente⁴⁴. Pero, como ha subrayado el Comité de Derechos del Niño, la repatriación no puede ser un fin en sí mismo, afirmando que “(...) los argumentos [a favor de la repatriación de los menores migrantes no acompañados] no fundados en derecho, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior [del menor]”⁴⁵.

La continua modificación de estas insuficientes disposiciones protectoras mediante la adopción de instrumentos jurídicos varios (circulares de la Fiscalía general del Estado, acuerdos internacionales, memoranda de entendimiento y otros) no sólo merman progresivamente el disfrute del contenido mínimo de estos derechos sino que en su últimos intentos atentan grave y directamente contra ellos. la construcción -desaconsejada desde todas las instancias de protección internacional y nacional de los derechos del niño (UNICEF, ONGs, etc)- de centros de acogida en los países de origen.

Tal ha sido el caso, tras la conversión del Memorandum de entendimiento entre España y Marruecos, convertido el 6 de marzo de 2006 en Acuerdo bilateral, a raíz del cual el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha decidido, en colaboración con la Agencia Española de Cooperación Internacional, la creación de dos centros de acogida de menores migrantes no acompañados que se encuentran irregularmente en España, en las ciudades de Nador y Beni Mellal, que se suman a los dos centros que la Consejería de Inmigración de la Comunidad de Madrid con financiación obtenida a través del programa AENEAS, construye en Tánger y Marrakech en zonas rurales alejadas de los núcleos de población con poca o nula existencia de factores que contribuyan a la socialización de los menores repatriados. Otro acuerdo de readmisión de menores migrantes ha sido firmado también en diciembre de 2006 con Senegal. Ninguno de los dos acuerdos bilaterales especifica salvaguardas ni garantías procedimentales concretas respecto del proceso de repatriación ni la supervisión por órgano alguno externo.

De otra parte, en el año 2003 entró en vigor la ley marroquí nº 02.03, de 11 de noviembre de 2003, por la que se castiga con una multa de entre 2.000 y 10.000 dirhams y de uno a seis meses de prisión o sólo alguna de estas penas a cualquier persona que abandone o ingrese en el territorio marroquí de forma clandestina. También a los menores reagrupados se les aplica esta ley ya pese a ser menores son enviados al procurador del rey para ser juzgados y recluidos en su caso en centros de internamiento o sancionados con una multa que no pueden pagar porque sus familias o ellos mismos no disponen de recursos, por lo que el resultado final de esta nueva forma de reagrupación acaba convirtiéndose de facto en una nueva vía de criminalización de los menores repatriados⁴⁶. Sucede, además, que muchos de los países con los que existe acuerdo de

repatriación de menores por parte de España o que tiene acuerdos de asociación con la UE que incluyen cláusula de cooperación en la lucha contra la inmigración ilegal no son partes en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, no estando, pues, obligados por sus disposiciones.

IV

Por lo que hace a la protección del menor migrante no acompañado en el marco del incipiente derecho de inmigración de la Unión Europea la situación no cambia sustancialmente. Haciendo de nuevo abstracción de la regulación en materia de asilo y refugio y centrándonos tan sólo en las condiciones de vida, y el respeto y garantía de los derechos humanos de los niños migrantes no acompañados no solicitantes de asilo que se encuentran en el territorio de algún Estado miembro de la UE, el punto de partida no deja de ser altamente insatisfactorio, pues la visión y filosofía con la que la UE viene estableciendo hitos legislativos desde la inclusión de la inmigración en las competencias comunitarias con la aprobación del Tratado de Amsterdam en 1997 no se aleja de la descritas, por ejemplo, en el caso de la regulación interna española⁴⁷.

Ante la evidente conformación de una sociedad europea progresivamente multicultural, lejos de planteamientos inclusivos, la UE, concedora de las sensibilidades que para las 27 soberanías estatales la materia implica, ha afrontado el diseño de una política común de inmigración hacia su territorio por parte de nacionales de terceros Estados sobre la base del control policial y utilitarista⁴⁸, esto es, reforzando el blindaje de sus fronteras mientras se desarma interiormente para culminar la libre circulación interior, y admitiendo de forma coetánea y selectiva, en un principio sobre bases cuantitativas (qué cantidad de inmigrantes son asumibles por las economías implicadas tanto para cubrir empleos no satisfechos por la población nacional como para contribuir al sostenimiento de los sistemas nacionales de seguridad social y de pensiones y al aumento de la natalidad de poblaciones muy envejecidas), y ahora sobre la base de la aceptación discriminada de población en fuga de alta cualificación profesional (tarjeta azul comunitaria). A esta política en buena medida insolidaria y unilateral hay que añadir el sesgo de la seguridad, invocación sobre la base de la cual han proliferado la restricción de libertades y derechos de los nacionales de terceros Estados en general, pero aún más de los inmigrantes en situación irregular, y las facilidades y apremios para la expulsión/repatriación tanto de estos últimos como de los menores no acompañados.

Haciendo un recorrido por las normas de derecho derivado comunitario no se encuentra, a la hora de regular los distintos aspectos de esta nueva política migratoria, mención alguna al menor migrante no acompañado, que vuelve a ser invisible en materia de protección también ahora para el derecho de la UE, excepción hecha de un instrumento inicial que cabría calificar de “exótico” por no tratarse de un acto típico de derecho comunitario sino sólo de una “Resolución del Consejo”⁴⁹ de carácter intergubernamental, adoptado inmediatamente después de la firma del Tratado de Ámsterdam como primera actuación en materia de política migratoria común⁵⁰.

El objetivo declarado de la resolución es definir las líneas directrices sobre el trato que debe otorgarse a los menores no acompañados, en especial en lo que respecta a las condiciones de acogida, estancia y retorno, así como los procedimientos aplicables a los solicitantes de asilo. Su texto permite vislumbrar con cierta claridad los principios rectores a sentar desde el plano comunitario en esta materia posteriormente -entre los que ya desde el principio está ausente una afirmación rotunda con absoluta primacía del principio del interés superior del menor- así como la obsesión por abordar la regulación de la inmigración únicamente desde le punto de vista del control y sanción de la inmigración irregular.

De hecho, las instituciones comunitarias han hecho gala a partir de aquí de un doble discurso exponente también de una doble moral⁵¹. Así, en la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre los objetivos estratégicos 2005-2009 la Comisión incluyó entre las prioridades inaplazables una mejor protección de los derechos de la infancia frente a las explotaciones

existentes de todo tipo, un ámbito éste en el que la Unión debía ser un ejemplo mundial a seguir⁵², insistiendo en la protección de los derechos del niño como objetivo prioritario en su comunicación posterior “Hacia una estrategia de la Unión europea sobre los Derechos de la Infancia”⁵³. Sin embargo el Comité Económico y Social tuvo que recordar, en su Dictamen al respecto el olvido, por parte de la Comisión en el citado documento, de una mayor atención y protección de los menores migrantes no acompañados así como de los solicitantes de asilo o de los refugiados. También la respuesta negativa y evasiva del Sr. Vitorino a una pregunta escrita proponiendo indirectamente la creación de un observatorio sobre el problema de los menores migrantes no acompañados presentes en territorio comunitario y su protección⁵⁴ es suficientemente significativa. Y la plasmación de estos principios y estrategias diseñados por la Comisión en normas jurídicas concretas de aplicación obligatorias, donde la traza del interés superior del menor migrante, como regla de base que prima sobre todas las demás y que hay que interpretar de forma individualizada caso a caso, se pierde, aún lo es más.

Cierto que desde un principio se adopta en el ámbito comunitario la definición estándar ofrecida por los instrumentos internacionales de protección de carácter universal antes analizados (art. 2.i) de la Directiva 2004/83/CE); sin embargo, el menor no es incluido dentro de los individuos susceptibles de una especial protección, refugiados, asilados y apátridas o acompañantes de éstos en la norma comunitaria que provee tal protección, pese a que sí se contemple la concesión de una protección especial en el caso de personas que de volver al país de origen pudieran sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes, como se ha visto que ha sido el caso en numerosos supuestos de repatriación de menores desde España hacia Marruecos.

Nada más se añade a la hora de establecer en el ordenamiento jurídico de la UE sanciones tan graves como la expulsión (Directiva 2001/4/CE), o la propia organización de vuelos conjuntos para tal fin (Decisión 2004/573/CE), en la que sí abundan, por ejemplo, referencias en protección del personal encargado de la guarda de los repatriados. El menor migrante no acompañado, pese a que en diversos instrumentos se aluda al respeto tanto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en términos genéricos como, con menos insistencia, al respeto del interés superior del menor, es simplemente inexistente a efectos de protección, porque el legislador comunitario ha tomado en cuenta no su condición de menor sino su condición de migrante, especialmente de migrante económico, y en su celo por erradicar la inmigración irregular no comprende el alcance del principio del interés superior del menor ni reconoce los más elementales derechos de éste reconocidos internacionalmente. Mientras que la minoría de edad confiere al menor migrante una protección reforzada que exige un tratamiento jurídico particularizado, incluso en caso de repatriación, la condición de extranjero expropia al menor de ese tratamiento tutelar más favorable para considerarlo simplemente un sujeto obligado al cumplimiento de ciertos requisitos para poder permanecer regularmente –legalmente se dirá– en el país, y con derecho a un umbral de protección rebajado. Además sus Estados miembros tampoco son partes en la Convención para la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, lo que le permite con mayor impunidad si cabe ignorar estos derechos.

Pero precisamente por eso, porque sólo se tiene en cuenta esta vertiente del problema, el legislador comunitario no ignora al menor migrante no acompañado a efectos de sanción. Efectivamente, la polémica Propuesta de Directiva sobre normas comunes para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en territorio UE⁵⁵, conocida como Directiva de retorno, a pesar de recoger formalmente el principio internacional de base de protección del menor, no procede en consecuencia, haciendo *a fortiori* un uso interesado del también reconocido internacionalmente derecho del menor a la reunificación familiar.

Sin duda la elección de una directiva, cuando se trata de comenzar a armonizar una política migratoria común, es más adecuada que otro instrumento de derecho comunitario derivado, por la mayor flexibilidad que brinda a los Estados miembros a la hora de su incorporación a los derechos internos. El problema radica en que, a la hora de armonizar, la operación puede saldarse con el establecimiento de un mínimo común denominador muy poco

exigente con el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales en general, si tenemos en cuenta que, por más que esta regulación se encuentre indefectiblemente ligada como parte de este proceso de integración al establecimiento de un mercado único, que se trata de flujos de personas⁵⁶; lo ideal sería que, tratándose de la UE -la asociación del mayor número de democracias modélicas en el mundo- esa armonización fuese por arriba, es decir, con el máximo respeto a cualquier derecho fundamental, libertad pública o garantía.

Esa no es obviamente la elección, como se desprende varios apartados de su texto, por ejemplo el punto 6 del apartado 3 (elementos jurídicos de la propuesta) de la exposición de motivos, cuando habla de la limitación del uso de medidas coercitivas “(...) estableciendo unas *garantías mínimas* para la práctica del retorno forzado; o el punto 9 del mismo apartado, cuando afirma “(...)Protegiendo los intereses del Estado en casos de grave amenaza para la seguridad nacional y pública (*incluida la opción de ampliar cualquier prohibición de ingreso*)”. La propia exposición de motivos olvida mencionar la necesidad de poner énfasis particular en respetar la protección de los derechos fundamentales y la compatibilidad con el CEDH en relación con la repatriación, y sólo habla de garantías procesales, unidad familiar, internamiento temporal y medidas coercitivas. Y en el capítulo II del resumen de los contenidos no puede evitar traducir la impaciencia de los Estados miembros por acelerar al máximo los trámites para poder repatriar: “(...) muchos Estados miembros han expresado su preocupación de que el procedimiento en dos etapas pudiera entrañar retrasos de procedimiento. En respuesta a esta preocupación, la propuesta expresamente aclara que los Estados miembros son libres de expedir ambos documentos, la decisión de retorno y la orden de expulsión, en un acto o decisión (...)”. No es este lugar para un análisis detenido de los términos de la directiva, más que en aquello que tiene que ver con los menores migrantes no acompañados, pero una lectura de su texto invitaría a comentar las muchas discrepancias que ésta podría presentar respecto del CEDH, entre otros instrumentos internacionales de protección.

Las referencias posibles a los menores en el preámbulo se acumulan en el considerando 18, recogiendo formalmente el principio del interés superior del niño y el respeto de la vida privada y familiar, único aspecto éste en el que el TEDH se ha pronunciado en relación a los menores migrantes⁵⁷, pero ni siquiera es objeto de definición en su art. 3. Esa recepción se protocoliza en el artículo 5 de la directiva, que lo recoge de forma aislada del resto de los contenidos de la misma, lo que subraya su carácter de recepción puramente formal. Un idea reforzada por el hecho de que el párrafo inmediatamente anterior, que cierra el art. 4, permite que los Estados miembros apliquen disposiciones que sean más favorables a las personas a las que se aplica la directiva “(...) a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”. Una anulación vía derecho interno de un Estado miembro, por ejemplo, de la prohibición de entrada en territorio comunitario durante los cinco años siguientes a la expulsión - una disposición que puede afectar al menor emigrante repatriado que quisiera o necesitara volver a entrar antes de cumplir la mayoría de edad en territorio comunitario- no sería posible.

El art. 5 ha sido duramente criticado por parte de ONGs defensoras de los derechos humanos y de los derechos del niño. En primer lugar éste no incluye la definición de menor recogiendo expresamente el límite de los 18 años; en segundo lugar, no consta expresamente el deber de los Estados miembros de que, al aplicar la directiva al caso concreto de un menor, éstos respetarán dicho principio. También han insistido en que se haga constar en este artículo que con base a este interés superior del niño se procurará la reunificación familiar salvo que por aplicación del mismo se entienda que es otra la opción que mejor responde a dicho interés prioritario. De igual forma, y puesto que al menor sólo se alude expresamente en dos artículos (arts. 5 y 8) se pide la inclusión de un párrafo separado en esta disposición. en virtud del cual se prohíba de forma expresa la detención de menores migrantes por su situación irregular, y de otro la prohibición de repatriación forzosa de un menor migrante y nunca a un tercer país del que no sea nacional salvo que se demuestre ser esta la opción que mejor satisface su interés superior⁵⁸.

También el artículo 8.2c) merece una durísima crítica pues, a pesar de que por su redacción negativa parecería ser respetuoso con los derechos del menor migrante, su

interpretación *sensu contrario* permite afirmar que la directiva establece la posibilidad no sólo de repatriar de forma forzada al menor migrante además sin efectuar ningún tipo de consulta previa ni cerrar acuerdo alguno de garantías sobre los derechos del menor y su situación, algo absolutamente incompatible con la Convención de los derechos del niño, sino también la posibilidad de repatriar al menor migrante no acompañado y entregarlo no sólo a un miembro de la familia, un tutor legal o a los servicios de atención al menor del país de origen, sino a un “*funcionario competente*” del país “*de retorno*”, que puede ser, por tanto un país tercero. Todo ello, al igual que ocurría en el anterior artículo, sin precisar nada acerca del consentimiento del menor, sin conceder a éste asistencia legal obligatoria, sin oír necesariamente su opinión, y sin necesidad de que exista intérprete o se compruebe que el menor comprende la decisión de repatriarle.

Y con esta misma técnica negativa engañosa, de la redacción actual del artículo 15.3 se puede deducir *a contrario* que se puede someter a los menores a detención o internamiento en centros penitenciarios o similares, siempre que no sean centros penitenciarios comunes, pero sí podrían ser reformatorios o centros de internamiento de menores condenados, una situación radicalmente contraria también a los derechos consagrados pro la Convención.

No sólo sorprende la dureza de la directiva y la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas, la negación de ciertos derechos tradicionalmente considerados como parte integrante del estándar mínimo de trato de los extranjeros que protegen por igual al regular que al irregular, sino también el hecho de que se adopte en el seno de una organización internacional que, entre otros elementos, participa en el Programa de Menores no acompañados en Europa auspiciado por la Alianza Internacional Save the Children y el ACNUR ,y participa con éstos en la Declaración de Buenas prácticas, cuyo objetivo es la defensa y la aplicación e los derechos y del interés superior de menores no acompañados que hayan llegado a Europa o procedentes de Europa, a través de la definición de políticas comunes y del cumplimiento de buenas prácticas a nivel nacional y europeo, y conforme al cual el menor migrante no acompañado debe ser considerado por encima de todo como niño, siendo secundaria cualquier consideración relativa a su condición de migrante. A pesar de que la política comunitaria de inmigración es aún muy incipiente cuenta ya con algunas normas de calado, teniendo en cuenta que hablamos en muchos casos e limitación de derechos de personas; tal vez sería importante recordar de cara a la adopción de normas futuras, el código de buenas prácticas asumido.

V

Así lo ha recordado el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa: los menores migrantes son ante todo niños, y ese es el criterio rector de cualquier actuación al respecto. El principio del interés superior del menor significa precisamente que cada niño, cada menor, debe ser visto como un individuo único y merece una atención especial a sus circunstancias particulares y ser oído con respeto⁵⁹. Por eso una de las propuestas en las que mas se insiste y que debiera ser tenida en cuenta por la Unión Europea en el desarrollo de su política comunitaria de inmigración debiera ser precisamente la designación de un tutor o guarda legal de cada menor migrante no acompañado a su llegada o en el momento de ser descubiertos, antes de su identificación; una persona con experiencia y capacidad para tratar con menores y con la formación suficiente para asesorarle, escucharle y defender su mejor interés⁶⁰.

De otra parte el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación (2007)9, ha ido más allá al proponer en el anexo a la misma el establecimiento de un compromiso formal con el menor migrante, un “proyecto de vida” que de forma integral ofrezca al menor un futuro, esto es, dotarle de las capacidades necesarias para convertirse en una persona independiente, responsable y miembro activo de la sociedad, por lo que debe ser comprensivo de una serie de aspectos básicos: inserción social, desarrollo personal, desarrollo cultural, vivienda, salud, educación, formación profesional y empleo. Se trata de una herramienta individual en forma de compromiso conjunto de duración limitada entre los menores migrantes no

acompañados y las autoridades competentes en el que queda definido el futuro a medio plazo del menor, incluyendo a los menores que llegan solos como a aquéllos que se quedan solos posteriormente por abandono del adulto con el que entraron.

Para establecer el “proyecto de vida” del menor será necesaria la consideración previa de una serie de elementos esenciales: a) perfil del menor (edad, sexo, estatuto jurídico, cultura de origen, nivel escolar, desarrollo psíquico y grado de madurez, posibles traumas, salud, competencias profesionales); b) recorrido migratorio del menor (factores determinantes de la salida, desplazamiento: circunstancias, duración y período de tránsito); c) entorno familiar y lazos familiares; d) objetivos, proyectos, deseos y percepciones del menor; e) situación en el país de origen (contexto sociopolítico, educativo, económico, legislativo, cultural, derechos humanos y sistema de tutela o acogida si existe); f) garantías específicas acordadas a los menores solicitantes de asilo, en especial respecto a la no devolución; g) la situación en el país de acogida, en especial la existencia o no de oportunidades para el menor en lo que hace al apoyo y asistencia disponible, posibilidades de permanecer en el país de acogida y de integrarse en él.

Una vez realizado este análisis el compromiso vincula a las dos partes, tanto al Estado de acogida a través de las autoridades competentes como al menor –lo que exige de éste la puesta a disposición de una serie de facilidades (alojamiento adecuado, designación de un tutor, atención médica y educativa, etc)-, y debe ser plasmado por escrito. En todo caso el proyecto de vida, que siempre será diseñado en el país de acogida, puede ser diseñado para ser desarrollado en el país de acogida, en el país de origen o alternativamente en ambos; resulta evidente que el planteamiento que subyace al propio concepto de proyecto de vida supera a la mera práctica administrativa derivada tanto de la aplicación actual en el caso español de la ley de extranjería como de lo establecido en los acuerdos de asociación con cláusula de retorno por la UE⁶¹.

Todas las propuestas hasta aquí analizadas ponen de manifiesto al menos una conclusión indiscutible: que el diseño y gestión de la política nacional y europea de regulación de los flujos migratorios en lo que hace a los menores migrantes centrada casi exclusivamente en un control de orden público de los mismos y en una progresiva judicialización con el coste que todo ello lleva aparejado no es soportable, no ya económicamente sino socialmente, pues redundaría en un intento de aferrarse a soluciones para una sociedad nacional y europea que ya es multicultural que ya se ha transformado y en la que ese diseño ya no es ni siquiera eficaz. En los inicios del siglo XXI no hay otra forma de comprender y regular la migración de los menores no acompañados que desde una perspectiva psicosocial, comunitaria e integradora, garantista del Estado de derecho y de los derechos humanos, dos valores a los que Europa y sus Estados miembros no pueden renunciar.

¹ Se ha argumentado que esta dificultad específica en el caso de los menores migrantes se debe fundamentalmente a dos razones concurrentes: la dificultad de censar a una población irregular que no tiene ninguna intención de darse a conocer y, de otro lado, que protagoniza una mayor movilidad que en el caso de los adultos, pues se traslada con mayor frecuencia y facilidad. Vid GOENECHEA PERMISÁN, C., “Menores migrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad”, p. 1. Vid en:

http://www.weib.caib.es/Documentacio/jornades/Web_I_Cong_Medit/PDFs/menors2.pdf

² De acuerdo con el informe desarrollado en el número 2 de La infancia en cifras, Observatorio de la Infancia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 182.

³ Vid BUENO ABAD, J.R. y MESTRE LUJÁN, J., “La protección de menores migrantes no acompañados. Un modelo de intervención social”, 14 Revista Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social (2006), Universidad de Alicante, pp. 155-170, p. 160, citando como fuente las cifras establecidas por comunidades autónomas.

⁴ Vid al respecto BRUUN, L.: “Good Practice guidelines on Guardianship to Ensure Protection of the Best Interests of Separated Children”, en Actas del Coloquio Internacional “La migración de menores extranjeros no acompañados en Europa”, Poitiers 10-11 octubre de 2007 en <http://www.ijjo.org>.

⁵ Vid *ibíd.*, p. 156-157.

⁶ Aprobada por Resolución de la Asamblea General 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, conforme a su art. 49, siendo en la actualidad firmantes 193 Estados y partes 140 Estados.

España la ratificó el 06/12/1990 (BOE 313, de 31/12/1990). En este punto la Convención sigue lo ya establecido por la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por Resolución de la Asamblea General 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

⁷ En el mismo sentido vid art. 7 de la Carta Social Europea, ETS 35, de 18.10.1961 y art. 7 de la Carta Social revisada, ETS 163, de 03.05.1996; art. 1.1 de la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos del niño, ETS 160, de 25.01.1996.

⁸ Aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Ni España ni ningún otro país desarrollado la ha ratificado por el momento.

⁹ En vigor desde 19.11.2000. España ratificó este convenio el 02/04/2001. Vid <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C182>.

¹⁰ Tal y como lo ha establecido el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas : “ (...) Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (...) Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores –sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración”. Observación General nº 6, par. 12.

¹¹ Vid DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª ed., 1989.

¹² Vid CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista de UNICEF Justicia y Derechos de Niño* (1999-1), p. 9.

¹³ Vid FREEDMAN, D.: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *I JURA GENTIUM*, *Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la política global* (2005-1). <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>

¹⁴ Vid como más significativos el Convenio núm. 97 de la OIT relativo a los trabajadores emigrantes; el Convenio núm. 143 de la OIT sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes; el Convenio de la OIT núm. 118 sobre igualdad de trato de nacionales y no nacionales en materia de seguridad social; la Carta Social Europea, ETS 35 y su versión revisada ETS 163; el Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes, ETS 93; y la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, de 18 de diciembre de 1990. Para un estudio pormenorizado del contenido de todos estos tratados vid PERRUCHOUD, R., “Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes”, *Notas de Población*, Año XXIX, núm. 73, Santiago de Chile, CEPAL, UN, 2001, pp. 273-303.

¹⁵ Sólo se alude a la condición de trabajador del menor cuando se trata de poner freno precisamente al mismo, normalmente desarrollado en condiciones abusivas o de explotación, como es el caso del Convenio de la OIT de 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil, estableciendo la obligación de los Estados partes de eliminar y prohibir dichas formas de trabajo.

¹⁶ Vid art. 5.a) de la Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares, cit. supra y art. 1.1 del Convenio Europeo sobre el estatuto de los trabajadores migrantes, cit. supra.

¹⁷ Vid art. 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cit. supra.

¹⁸ Estados partes: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaijón, Belice, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, Kirguistán, Lesoto, Libia, Malí, Mauritania, Méjico, Marruecos, Nicaragua, Perú, Filipinas, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Siria, Tayikistán, Timor-Este, Turquía, Uganda y Uruguay.

¹⁹ Vid Conferencia Regional Sobre Migración. Menores Migrantes: Derechos Humanos, Protección y Servicios en los Países Miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, Octubre 2002, p. 4

²⁰ Vid GOENECHEA PERMISÁN, cit. supra, p. 3; LÓPEZ CASTRO, G. y VILLASEÑOR ROCA, B., “Los menores en el flujo de migrantes”, p. 120, en:

<http://www.bibliotecadigital.conevyt.org.mx/colecciones/documentos/migracion/menores.pdf>;

Conferencia Regional Sobre Migración. Menores migrantes: Derechos Humanos, Protección y Servicios en los Países Miembros de la Conferencia Regional sobre Migración, Octubre 2002, p. 19.

²¹ Vid ibíd.

²² Vid ibíd. El Informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 2006 así lo confirma igualmente, documentando los dos sectores mayoritarios de delincuencia protagonizada por menores migrantes en torno al robo con intimidación y/o violencia (70,66%) y en segundo lugar, pero con mucha menor incidencia, las lesiones (21,38%). Vid Observatorio de la Infancia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Informe “La infancia en cifras”, octubre 2006, p. 161.

²³ Vid LÁZARO GONZÁLEZ, I.: “La aventura de los adolescentes africanos en España: la respuesta del Derecho español”, en Actas del Coloquio Internacional “La migración de menores...”, cit. supra.

²⁴ Una desconfianza procedente de la confrontación cultural que plantea situaciones incómodas y conflictivas que requieren en muchos casos soluciones legales, por ejemplo el caso de la poligamia o el más extremo de la excisión o ablación del clítoris a las mujeres. Vid al respecto REVEL, C., “La gestion européenne des conflits de normalités en matière d’immigration familiale », en *Questions sur le Droit Européen. Actes du Colloque de Caen. Direction du Constance Grewe. Centre de Recherche sur les droits fondamentaux. Université de Caen, 1996, pp. 241-273.* Pero también por la marginalidad que acompaña al fenómeno, a falta de mejor regulación y protección de las personas implicadas. Vid GARCÍA ESPAÑA, E.: “Seguridad ciudadana, inmigración y privación de libertad”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): *Problemas actuales de la inmigración. Cursos de Derechos Humanos de Donosita-San Sebastián, vol. VII, San Sebastián, 2006, pp. 51-73, en especial p. 54, p. 63;* GARCÍA ÁLVAREZ, P. “El papel del Derecho penal español en materia de extranjería: tráfico de personas y conductas discriminatorias” en SOROETA LICERAS, cit. supra, pp. 19-50, en especial vid p. 37. Todo lo cual provoca, adicionalmente, una falta de apoyo pública y decidida y una intervención evidente y efectiva de las administraciones, nacional, autonómicas y locales que prevenga o palie eficazmente este proceso de marginalización, aderezado con la dependencia de éstas del apoyo de los votantes y el recelo con el que éstos pueden valorar la inversión de recursos escasos y compartidos en estas personas que, además, no votan. Vid *Andalucía Acoge. Propuestas para una Política Alternativa sobre Inmigración, Aljaima, Málaga, 1999, p. 25.*

²⁵ Acerca de los diferentes sistemas nacionales de acogida de menores mirantes no acompañados en Europa vid: *Rutas de pequeños sueños. Los menores migrantes no acompañados en Europa. Informe Comparativo. Proyecto CON RED, Fundación Pere Tarrés, 2005, pp. 171 y ss;* MENON, R., “Profiling of unaccompanied and separated children seeking asylum in Europe”, en *Conference Proceedings “The migration of Unaccompanied minors in Europe”, Poitiers 10-11 October, 2007.*

²⁶ Reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, y completada por el Reglamento de ejecución adoptado pro R.D. 203/1995, reformado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporales caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

²⁷ Vid *Save the Children: Menores no acompañados. Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España, 2005, p. 7.*

²⁸ Vid “Position Paper on the Use of Biometric Data”, October, 2006, en <http://www.savethechildren.org/>

²⁹ Lo que ha plantado en muchos centros de acogida serios problemas de malos tratos y vejaciones por parte de los mayores sobre los más jóvenes, documentados en el caso e los centros de acogida de Canarias. Vid Informe Human Rights Watch “Responsabilidades no bienvenidas. España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias”, julio, 2007, volumen 19, No. 4 (D), pp. 69 y ss.

³⁰ Vid arts. 2, 9, 10.3, 11.1 y 11.2 de la Ley de Protección del Menor; arts. 9, 12, 14 y 22 de la Ley 4/2000; art. 269 Cc y art. 15.4 del reglamento de extranjería.

³¹ Siendo éste el recurso comúnmente utilizado, se recurre igualmente en España al sistema de pisos compartidos, en donde los menores conviven, o incluso el alojamiento en hostales para aquellos casos de menores en el tramo superior de edad muy integrados en los programas educativos o incluso con trabajo o, en el extremo opuesto, para menores conflictivos que no logran la adaptación y la convivencia. Vid Informe *Save the Children, 2005, pp. 12-15.*

³² Una afirmación en la que coinciden prácticamente todas las autoridades autonómicas responsables de la tutela de estos menores especialmente afectadas por este fenómeno migratorio. Vid al respecto: VÁZQUEZ MURILLO, J., “Los menores extranjeros no acompañados en Andalucía”; EMPEZ VIDAL, N. y GALEA i MONTERO, V., “Menores no acompañados, de Marruecos a Barcelona. Repaso histórico y la situación actual de los menores que migran solos (2007); SETIEN, M.L. y BARCELÓ, F., “La atención a los menores extranjeros no acompañados en el País Vasco. Modelos de intervención y luces y sombras del sistema de acogida”; todos ellos en *Actas del Coloquio Internacional “La Migración de menores...”*, cit. supra.

³³ Vid GARCÍA VÁZQUEZ, S. “La desprotección de los desamparados: régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados en España”, en *Actas del Coloquio Internacional “La Migración de Menores...”*, cit. supra.

³⁴ Vid al respecto *Save the Children, Informe cit. supra, pp. 26 y 32.*

³⁵ Como lo pone de manifiesto Human Rights Watch en su Informe “España y Marruecos. Callejón sin salida. Abusos cometidos por las autoridades españolas y marroquíes contra niños migrantes”, mayo de 2002, volumen 14, nº 4; y Médicos Sin Fronteras, en su Informe: “Estudio socio-psico-sanitario de los menores no acompañados en la ciudad de Ceuta”.

³⁶ Vid Informe *Save the Children, cit. supra, p. 17.*

³⁷ *Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas: España, CRC/C/15/ADD.195, de 13 de junio de 2002.*

³⁸ Vid Informe de Human Rights Watch “Responsabilidades no bienvenidas...”, cit. supra, pp. 95 y ss.

³⁹ A diferencia de la Ley de Protección del Menor que se insiste en este criterio como prioritario en sus arts. 2 y 11.2, o el Código civil que procede de igual forma en su art. 172.4.

⁴⁰ Vid LÁZARO GONZÁLEZ, cit. supra, p. 9

⁴¹ Vid Informe *Save the Children cit. supra, p. 26.*

⁴² Vid Recomendación Rec (2005)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre los derechos de los niños que viven en instituciones de acogida, de 16 de marzo de 2005.

⁴³ Vid Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales, Observación n° 45e: España, CRC/C/15/ADD.195, 13 de junio de 2002. En el mismo sentido vid Amnistía Internacional, “España: Crisis de identidad, Tortura y Malos Tratos de índole racista a manos de agentes del Estado”, 2002; AI: EUR 41/001/2002/s.

⁴⁴ La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los trabajadores migrantes, tras su visita a España el 14 de enero de 2004, afirmó en su Informe: “(...) La Relatora Especial cree que la manera como se llevaron a cabo algunas “reagrupaciones” familiares dejando supuestamente al menor en las manos de la policía marroquí, sin presencia de la familia o de los servicios sociales, hace que estas “reagrupaciones” se interpreten como expulsiones. Sin embargo, muchos menores “reagrupados” regresan a España y algunos informan de malos tratos por parte de la policía marroquí (...) La Relatora Especial opina que la prioridad debe ser que las repatriaciones se realicen respetando los derechos de los menores y atendiendo al interés superior del niño”. Vid Informe de la Relatora Especial, E/CN.4/2004/76/Add.2, pars. 55-56.

⁴⁵ Vid Comité de Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Observación General n° 6, par. 90.

⁴⁶ Vid <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=8>

⁴⁷ Suficientemente demostrativo al respecto es tanto el hecho de que las que a continuación se citan sean las únicas normas adoptadas en la materia por los órganos legislativos de la UE, como las materias de los que éstos se ocupan: Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, ala circulación y a la estancia irregulares (DOCE L, 328, de 05.12.2002); Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (DOCE L 328, de 05.12.2002); Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOCE L 149, de 02.06.2002); Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOCE L 187, de 10.07.2001); Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DOCE L 261, de 06.08.2004); Decisión del Consejo 2004/573/CE, de 29 de abril de 2004 relativa ala organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DOCE L 261, de 06.08.2004); Reglamento (CE) 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007,sobe las estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y de la protección internacional y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 311/76 del Consejo relativo a la elaboración de estadísticas de trabajadores extranjeros (DOCE L 199, de 31.07.2007); Reglamento (CE) 863/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007,por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras y que modifica el Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo por lo que respecta a este mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados. Y los que están en cartera no son más alentadores. Vid la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen sanciones a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países (COM (2007)249 final, y Propuesta de Directiva relativa al procedimiento y normas comunes en los Estados miembros para el retorno del os nacionales de terceros Estados que se encuentren ilegalmente en su territorio COM (2005)391 final.

⁴⁸ La bibliografía sobre este extremo es muy amplia y desborda ampliamente el objeto de este estudio; no obstante una aproximación completa puede consultarse en: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: Derecho comunitario de la inmigración, Atelier, Barcelona, 2006; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia, Colex, Madrid, 2002; OLESTI RAYO, A.: “La inmigración irregular y el control de los flujos migratorios en la Unión Europea” en SALINAS DE FRIAS, A. y GÓMEZ-URRUTIA, M. (Coords.): Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Sevilla, Málaga, Córdoba, 2005, pp. 943-964; PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., “Inmigración y Derecho Internacional: ¿un acuerdo imposible?, en SOROETA LICERAS, J., “Problemas actuales de la inmigración...” cit. supra, pp. 137-164; VALLE GÁLVEZ, A.: “El frágil Estatuto Internacional y Europeo del inmigrante irregular”, en SOROETA LICERAS, J. (Ed.): Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. VI (2005), pp. 11-26.

⁴⁹ Vid Resolución del Consejo 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE C221, de 19.07.1997).

⁵⁰ Vid comentario al respecto de TOUZENIS, K., “The EU-Legal Response to and Protection of Unaccompanied Minors in the Context of the CRC”, en Actas del Congreso “La Migración ...”, cit. supra.

⁵¹ En el mismo sentido vid DURÁN AYANGO, A.: “La doble condición de menor y extranjero. De la necesidad de un tratamiento comunitario inspirado en el principio del interés superior del menor”, en Actas del coloquio internacional “La migración...” cit. supra.

⁵² Vid Objetivos estratégicos 2005-2009. Europa 2010: Una Asociación para la Renovación, Prosperidad, Solidaridad y Seguridad COM (2005) 12.

⁵³ Vid documento COM (2006) 367 final, de 4 de julio de 2006.

⁵⁴ Vid la pregunta escrita en el DOCE E 163, de 06.06.2001.

⁵⁵ Vid Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, COM (2005) 391 final, aprobado finalmente sin enmiendas por el Parlamento europeo el 18 de junio de 2008 por 369 votos a favor, 197 en contra y 106 en blanco, habiendo sido apoyada tanto por los liberales y populares europeos como por los socialistas. Sorprende en este caso la actitud del Parlamento europeo que ha sido crítico respecto de otros instrumentos comunitarios previos en esta misma materia y que era el único que podría haber cambiado el rumbo de la propuesta de directiva muy cercenada en lo que a las garantías de los derechos fundamentales en general respecta ante la actitud reticente del Consejo. Vid CANETTA, E. “La disciplina comunitaria in materia di rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri”, en IX Diritto, Immigrazione e Cittadinanza (2007-3), pp. 34-47. Es de señalar, como afirma CHOLEWINSKI, que la UE es actualmente el único actor internacional de relevancia que sigue utilizando el término “ilegal” en lugar de “irregular” respecto de la inmigración no autorizada. Vid CHOLEWINSKI, R., *Irregular migrants: access to minimum social rights*, Council of Europe Publishing, 2005; en especial vid p. 9.

⁵⁶ Vid Council of Europe, *Diversity and cohesion: new challenges for the integration of immigrants and minorities*, 2000, en especial vid p. 49.

⁵⁷ Vid, entre otras, Ss de 28 de mayo 1995, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*; de 19 de febrero de 1996, caso *Gül c. Suiza*; de 28 de noviembre de 1996, caso *Ahmut c. Países Bajos*; de 21 de diciembre de 2001, caso *Sen c. Países Bajos*; de 1 de diciembre de 2005, caso *Tuquabo –Tekle c. Países Bajos*.

⁵⁸ Vid “Llamamiento europeo contra el encierro y las medidas de alejamiento de los menores extranjeros”, <http://www.nominorsindetention.org>; Save the Children/Separated Children in Europe Programme response to the proposed directive on common standards and procedures in Member Status for returning illegally staying third-country nationals /EP Draft Report , <http://www.savethechildren.org>

⁵⁹ Vid HAMMARBERG, T., *Human Rights in Europe: no ground for complacency. Viewpoints by the Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Council of Europe, 2008, en especial pp. 49-53.

⁶⁰ En este sentido se pronuncia la Declaración de la Alianza Save the Children y UNCHR, así como el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

⁶¹ Vid Council of Europe, *Projets de vie en faveur des mineurs migrants non accompagnés. Recommandation Rec (2207) 9 et exposé des motifs*, abril 2008.