



Trace. Travaux et Recherches dans les
Amériques du Centre

ISSN: 0185-6286

redaccion@cemca.org.mx

Centro de Estudios Mexicanos y
Centroamericanos
México

Durán Ruiz, Francisco Javier

Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la
Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros

Trace. Travaux et Recherches dans les Amériques du Centre, núm. 60, diciembre, 2011,
pp. 9-24

Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=423839519002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo

Francisco Javier
Durán Ruiz

en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros

Resumen: El fenómeno de los migrantes menores de edad –niños, niñas y adolescentes– que emigran a otro estado solos, sin referentes adultos, habitualmente indocumentados y sin tener en cuenta las leyes de extranjería de dichos países, ha ganado intensidad y visibilidad en las últimas décadas tanto en Europa como en los Estados Unidos.

La meta de este artículo es arrojar luz sobre las cuestiones que afectan a este colectivo, partiendo de las dificultades para adoptar soluciones adecuadas, teniendo en cuenta su situación irregular y que no existen estadísticas que permitan una cuantificación fiable del problema.

Para ello, se comenzará determinando los rasgos comunes a este heterogéneo grupo. Se tratará de adentrarse en su tratamiento normativo a nivel internacional y especialmente por parte del derecho comunitario que aún no ha logrado aprobar una normativa específica y obligatoria para todos los estados miembros (EEMM) de la Unión Europea (UE) que permita abordar de forma global este fenómeno, coherente y satisfactoria para los derechos del menor. Cómo podrá verse en el caso concreto de España, con frecuencia tales normas no satisfacen los principios básicos universales de protección del menor y responden estrictamente a lógicas de gestión de los flujos migratorios.

Abstract: The phenomenon of minors, children and adolescents who migrate to another State territory alone, without adults who can take care of them, often undocumented, and regardless of the immigration laws of these countries, has been gaining strength and visibility in recent decades both in Europe and USA.

This paper tries to shed some light on the problems affecting this unaccompanied alien children group, based on the difficulties in adopting appropriate solutions for them, given their illegal status, and no statistics existence to enable reliable quantification of this phenomenon.

This work aim is to identify the common features of this heterogeneous group, and analyze their regulatory worldwide treatment, especially by the community law which has yet to adopt a specific and compulsory rule for all member states to tackle a global, coherent and satisfying policy for children's rights in the entire European Union on this issue. As it is shown in the case of Spain, often those rules do not satisfy or meet the basic universal principles of child protection, and are based only on control logic of immigration flows.

Résumé: Le phénomène des migrants mineurs –enfants et adolescents– qui émigrent seuls sur le territoire d'un autre état, sans référent adulte, généralement sans papier et sans tenir compte des lois migratoires de ces pays, a gagné en intensité et en visibilité ces dernières décennies, tant en Europe qu'aux États-Unis. Cet article prétend faire la lumière sur les problèmes qui affectent ce groupe, constatant l'adoption difficile de solutions adaptées, les situations migratoires irrégulières et le fait que l'absence de statistiques empêche une quantification fiable du phénomène.

Pour cela, nous commencerons par déterminer les caractéristiques communes à ce groupe hétérogène et tenterons d'analyser les réglementations normatives au niveau international et, plus spécialement, au niveau du droit communautaire qui n'a pas encore réussi à approuver une règle spécifique et obligatoire pour tous les états membres de l'Union européenne qui permettrait d'aborder ce phénomène de façon globale, cohérente et satisfaisante, du point de vue du droit des mineurs. Dans le cas concret de l'Espagne, trop souvent, ces règles ne répondent pas aux principes de base et universels de protection des mineurs mais seulement et strictement aux logiques de gestion des flux migratoires.

[Migrantes menores de edad no acompañados, política migratoria europea, legislación migratoria, derechos del niño]

El fenómeno de la migración de menores de edad –niños y niñas, jóvenes y adolescentes– que emigran solos, sin sus familias y al margen de las leyes y procedimientos administrativos establecidos, ha ganado intensidad en las últimas décadas, tanto en Europa como en los Estados Unidos.

Trataremos en este artículo de arrojar luz sobre los problemas que afectan a esta población, partiendo de las dificultades para adoptar soluciones adecuadas y teniendo en cuenta su poca visibilidad y ausencia de estadísticas que permitan una cuantificación fiable. Posteriormente nos adentraremos en su tratamiento normativo a nivel internacional, especialmente por parte del derecho comunitario.

La Unión Europea aún no ha logrado aprobar una norma específica y obligatoria para todos los Estados miembros (EEMM, en adelante) que permita abordar este fenómeno de forma global, coherente y satisfactoria para los derechos del menor. Hasta el momento sólo existen instrumentos legales bien intencionados, pero sin eficacia jurídica directa. Como se observa, en poco más de una década que las instituciones comunitarias llevan enfrentando la cuestión desde el punto de vista jurídico, las pocas disposiciones vinculantes para los EEMM forman parte de instrumentos normativos aprobados para los extranjeros en general, y no son conscientes de las especificidades de la situación migratoria de los menores extranjeros no acompañados (MENAS) ni de las necesidades derivadas de su situación, particularmente vulnerable, dentro de la población inmigrante. Además, se trata de normas de mínimos que en muchas ocasiones no satisfacen ni cumplen con los principios básicos universales de protección del menor, respondiendo más a lógicas de gestión de los flujos migratorios.

Las referencias concretas a la normativa vigente en España respecto de los MENAS, así como a la influencia del derecho de la Unión Europea en tales normas y a los debates surgidos en su aplicación (o falta de aplicación), son el punto de referencia de este trabajo. La situación española nos proporciona una imagen que nos llevará a cuestionar la base de toda la política migratoria comunitaria sobre el trato de menores inmigrantes no acompañados. Estudiaremos el régimen aplicable a los MENAS, incluidos los solicitantes de asilo, los que son objeto de protección internacional de carácter temporal y los que han sido víctimas del tráfico de personas. Por último, abordaremos las cuestiones relativas a su repatriación o retorno, apuntando la necesidad de articular mecanismos para su integración social en los distintos EEMM de residencia.

Para aproximarnos a este tema, resulta necesario conocer la conceptualización sobre los MENAS desde el punto de vista legislativo. En la Unión Europea se ha elaborado una definición concreta de “menor extranjero no acompañado” que se mantiene de forma coherente en diferentes normativas comunitarias. En España, hasta 2011 no se ha incluido una definición.¹ En el Derecho comunitario, los habitualmente denominados en España como MENAS o MINAS (menores extranjeros o inmigrantes no acompañados) y UAC según las siglas usadas en los Estados Unidos (*Unaccompanied Alien Children*), se definieron por primera vez en una resolución del Consejo de la Unión Europea de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros. Esta norma se refiere a ellos como: “Niños y adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección de un familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres”.

Posteriormente diversas normas de la Unión Europea que tratan de armonizar el concepto de solicitante de asilo y la protección que se otorga a los refugiados, así como algunos aspectos de las políticas migratorias de los EEMM, han hecho referencias puntuales a la figura del “menor extranjero no acompañado”, añadiendo algunos datos al concepto anterior.² Resulta necesario por lo tanto diferenciar entre “menores no acompañados” (*unaccompanied alien children*) y “menores separados” (*separated children*).³ La diferencia entre ambos colectivos se aprecia en las legislaciones nacionales de los Estados miembros y su concepto de desamparo. El menor separado puede considerarse en situación de desamparo/abandono y por lo tanto ser tutelado por la administración pública competente, o bien no considerarse en situación de desamparo sino en situación de “guarda de hecho” (bajo cuidado de un adulto que no es el responsable legal del menor), lo que plantea una problemática jurídica que no podemos abordar aquí en profundidad.⁴ Sin embargo, en el supuesto de los menores extranjeros no acompañados, no existe duda sobre la situación legal de desamparo o abandono en que se encuentran. Por otra parte, según la normativa comunitaria, se considerará “menor extranjero no acompañado” a “la persona menor de 18 años que no está casada...”.⁵

La cuestión fundamental no es quién está al cuidado del menor, es si éste tiene cubiertas sus necesidades físicas y emocionales por adultos que sean responsables de su situación. El criterio de la falta de asistencia material o moral es el que se usa habitualmente para considerar que un menor se encuentra en situación de abandono o desamparo y, por lo tanto, debe quedar bajo la tutela de la Administración, sustrayéndose la patria potestad o la tutela a sus padres o tutores.

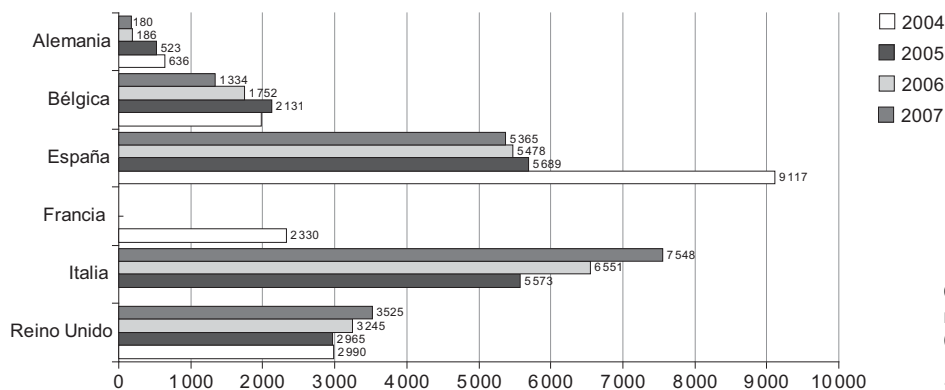
Muy similar es la definición de los MENAS en la legislación estadounidense, que lo define como un niño que no tiene estatus migratorio legal en los EEUU, que no ha cumplido 18 años de edad y que no tiene progenitor o responsable legal en los Estados Unidos, o bien no tiene progenitor o responsable legal en los Estados Unidos capaz de proporcionarle cuidados y custodiarlo.⁶ No obstante, debe criticarse que en el caso estadounidense la definición comienza por referir la ausencia de “estatus migratorio legal” de los MENAS, lo que constituye una manifestación de la preponderancia que se otorga en su política migratoria y en la legislación que la sustenta, a la regulación de flujos y represión de la inmigración ilegal. Dichos criterios de control de flujos prevalecen respecto a consideraciones de derechos humanos como el concepto de “interés superior del menor”, principio universal recogido en la Convención de Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de 1989.⁷

CUANTIFICACIÓN, CARACTERIZACIÓN Y LEGISLACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Problemas para su cuantificación y rasgos característicos comunes

En términos cuantitativos, sobre todo si se compara con los Estados Unidos, la migración de menores no acompañados con destino al territorio de la Unión Europea sigue siendo un fenómeno modesto, si bien de gran relevancia y repercusión social. Las cifras oficiales o conocidas son inferiores a 5 000 casos anuales en casi todos los Estados europeos, aunque es necesario aclarar que las estadísticas existentes en la mayoría de países no son precisas ni representan la verdadera magnitud del fenómeno. Mayoritariamente reflejan sólo las solicitudes de asilo efectuadas por menores no acompañados (Senovilla Hernández, 2007).⁸

En cuanto a la caracterización de estos migrantes, a grandes rasgos, encontramos tres situaciones principales en las que pueden englobarse la mayor parte de estos menores extranjeros inmigrantes no acompañados una vez que llegan al territorio de la Unión Europea. En primer



Gráfica 1 - Menores extranjeros no acompañados en Europa (2004-2007).

Fuente: Senovilla Hernández, 2010.

lugar, están los que son introducidos en territorio comunitario por mafias de tráfico de personas que en muchas ocasiones les conducen a situaciones de cuasi esclavitud, abusos, explotación sexual y explotación de todo tipo. En segundo lugar están los menores que ya vivían en situación de riesgo o abandono en sus países de origen, sin una familia de referencia, que usualmente terminan malviviendo en la calle y se mantienen a base de cometer pequeños delitos, a éstos se les conoce habitualmente como “niños de la calle” (Martínez, 2001; Jiménez Álvarez, 1999). El tercer grupo, desgraciadamente el más limitado, es el formado por los menores que encuentran acogida en el sistema de protección de menores de los EEMM, de los cuales un porcentaje reducido consigue insertarse en la sociedad y regularizar finalmente su situación migratoria.

En el caso español se han establecido cuatro situaciones sociofamiliares principales de los menores no acompañados emigrados, centrándonos en los marroquíes (que han supuesto 90% del total históricamente, si bien se ha incrementado el número de MENAS de origen subsahariano y del este de Europa) y basándonos en las conclusiones de Jiménez Álvarez (2004). Los menores escolarizados que viven con su familia en un ambiente estable afectiva y económicamente supondrían 10% del colectivo; los menores que viven en un ambiente familiar estable y con dificultades económicas, que pasan gran parte de su tiempo en la calle, pero no hacen de ésta un medio de vida, representan 40%; los menores que viven en un ambiente familiar inestable y con una situación económica precaria o muy precaria serían 35%; y los menores que hacen de la calle su modo de vida y están desarraigados de su núcleo familiar, llamados “niños de la calle” constituyen 15%.⁹

Los menores no son un colectivo homogéneo en cuanto a sus motivaciones o situación, aunque la mayoría llega a Europa con marcadas expectativas laborales. Este es el origen de su problemática social y jurídica. Mientras que en su país viven, se comportan y son tratados como adultos, en Europa se encuentran con un sistema que los trata como niños, protegiéndolos desde una óptica que no es la suya y que de hecho les impide la realización de su proyecto migratorio, consistente en mejorar su situación económica y la de su familia.

La cuestión se torna aún más compleja desde el punto de vista del derecho, porque los MENAS plantean una dialéctica específica por su doble condición de inmigrantes indocumentados –con la restricción de derechos que esta situación conlleva– y de menores de edad –que les garantiza una protección que no siempre coincide con la ayuda que ellos desean o necesitan recibir.

La mayoría de los menores huyen de una situación socioeconómica de pobreza y miseria, de conflictos y guerras o de rivalidad política y social, y muchos de ellos son potenciales solicitantes de asilo. En gran medida estos menores entran de manera irregular en algún país de la Unión Europea, arriesgando su vida e integridad física. Su número, parece ir en constante aumento (Garatto, 2001), aunque dicha tendencia no es totalmente homogénea y depende del Estado específico de que se trate.

No puede subestimarse en el proceso migratorio de estos menores la importancia de las redes sociales en la motivación, apoyo y formación que reciben como migrantes. En el caso de España se insiste particularmente en este punto en los convenios bilaterales sobre menores extranjeros no acompañados que se han suscrito desde 2006 con Marruecos, Senegal y Rumania. En este sentido, sería interesante realizar un estudio de las particularidades de sus redes sociales respecto de las de los adultos, que no podemos abordar aquí.

Estrategias de los MENAS para entrar en territorio de la Unión Europea

En el caso de España y los países mediterráneos de la Unión Europea (UE), las formas de migración de los MENAS se han ido transformando. Hasta finales de 2002, emigraban principalmente en los grandes barcos que cruzan el estrecho de Gibraltar o escondidos bajo los ejes

de un camión de transporte de mercancías o maquinaria. Pero desde enero de 2003, aumentó el número de menores que llegan a las costas de las Islas Canarias o Andalucía en “pateras” (cayucos), lo que se ha denominado “paterización” de la migración de los menores (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, 2006; Lázaro González, 2007).

Además, tras la puesta en marcha del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior, financiado por la UE en el marco del control de fronteras como pilar de la política migratoria comunitaria, los itinerarios de los cayucos se han modificado, puesto que este sistema permite identificar a larga distancia a las embarcaciones que se aproximan a las costas españolas. Para evitar los controles fronterizos las travesías son ahora mucho más largas, arriesgadas, peligrosas y costosas económicamente para los inmigrantes, especialmente para los menores.

Intervención pública y normativa aplicable a los MENAS

Las instituciones públicas y privadas intervienen principalmente con los MENAS por dos razones: porque pueden ser solicitantes de asilo y potenciales refugiados, y porque son menores de edad. En los países del norte y centro de Europa (como Alemania, Suecia o Bélgica) es más frecuente que estos menores sean solicitantes de asilo, que en los países del sur (como España, Italia o Grecia), donde la regulación jurídica del derecho de asilo es más estricta, y por lo tanto son menos los que acceden a la condición de asilado o refugiado.¹⁰

El *hardlaw* en la legislación internacional

Partiendo del carácter universal de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 1989 (CDN), todo menor de 18 años tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que sea o no protegido en su país de origen o procedencia. Además, resulta irrelevante la nacionalidad del menor o su situación legal. El artículo 2 de la CDN establece que los derechos del niño se aplicarán a todos los niños sin discriminación alguna, ni siquiera por razón de la nacionalidad. No obstante, en la práctica las dificultades de integración son mucho mayores para los extranjeros que se encuentran en situación irregular e incluso totalmente indocumentados (Bicocchi y Levoy, 2008).

Partiendo de esa obligación de protección, en el caso particular de los MENAS son muy diversas las políticas de recepción aplicadas en Europa, de carácter específico para este colectivo concreto, o estructuras comunes para menores nacionales e inmigrantes. La respuesta predominante en las prácticas y políticas de recepción es la integración de los MENAS en estructuras o centros comunes para todos los menores en situación de riesgo o desamparo. Países como Francia, Alemania e Italia dan prioridad (aunque no exclusividad) a este sistema. En otros casos, como Reino Unido, la acogida en dispositivos especializados o generales depende de la fase de acogida o del perfil del menor. España constituye un caso *sui generis* debido a su descentralización política y ámbitos de competencia, que determina que cada comunidad autónoma pueda establecer un sistema diferente de recepción. Por último, cabe citar el caso de Bélgica, donde se ha creado un sistema de protección completamente especializado en la recepción de menores extranjeros no acompañados y separados, diferente del previsto para otros menores belgas o extranjeros con familia protegidos (Senovilla Hernández, 2009).

En cuanto al reconocimiento de los derechos de estos menores en los instrumentos internacionales sectoriales, existen referencias genéricas a los derechos de los menores de edad tanto en la Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992 como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que son aplicables sin paliativos a los MENAS.

La normatividad específica sobre menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea y su evolución entre 1997 y 2010

En relación con la legislación específica aplicable a los MENAS, estamos aún lejos de que la Unión Europea establezca una normatividad común y homogénea relativa a su trato. En la actualidad se han vislumbrado avances en este sentido, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea firmado en Lisboa y su Tratado de Funcionamiento, que han significado un reconocimiento más claro de las competencias para el establecimiento de una política migratoria y de asilo común que hasta el momento no había sido posible¹¹ y que podría suponer el avance definitivo hacia una regulación comunitaria uniforme, de lo que da fe el Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados 2010-2014 aprobado por la Comisión el 10 de mayo de 2010.

Resulta necesario recordar, en este sentido, que la Resolución del Consejo de la UE de 1997, durante mucho tiempo la única norma sectorial existente en esta materia a nivel comunitario carece de carácter vinculante para los Estados Miembros. Sus normas no pasan de ser meras recomendaciones o consejos, que no obligan a los Estados de la Unión.

Por otra parte, las disposiciones de la resolución en cuestión están lejos de garantizar un estatuto suficientemente protector de los MENAS. En primer lugar, la norma contempla la posibilidad de que los Estados nieguen en la frontera el acceso a su territorio a menores no acompañados cuando éstos no estén en posesión de los documentos y autorizaciones exigidas, salvo en el caso de que sean solicitantes de asilo.¹²

Esta normativa incluye ciertas garantías coherentes con la Declaración de los Derechos del Niño para aquellos menores no acompañados que, en virtud de leyes nacionales, deban permanecer en la frontera hasta que se decida si se les admite en el territorio o si se ordena su retorno. Así, incluye la posibilidad de que disfruten de todos los medios materiales y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades esenciales. En cualquier caso, debemos criticar que se permita a los Estados de la Unión Europea negar la entrada, de forma temporal o permanente, a menores en una situación tan precaria como la de los MENAS. Otra de las garantías contenidas en la resolución es la necesidad de tratar de determinar cuanto antes la identidad del menor, así como la circunstancia de que no esté acompañado, especificando diferentes medios, como una entrevista que debería celebrarse lo antes posible y en condiciones adecuadas a su edad.

Por último, la Resolución de 1997 prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado en cuestión sólo podrá devolver el menor a su país de origen, o a un tercer país dispuesto a admitirlo, si se dan determinadas condiciones.¹³ Los supuestos en que se admite la repatriación de los menores no acompañados son más amplios de lo que sería deseable, y las escasas garantías que la resolución ofrece han sido superadas en la mayor parte de las legislaciones internas de los EEMM, como sucede en el caso español.

Continuando en el ámbito legislativo comunitario, pocas disposiciones han existido tras la resolución comentada. Debemos hacer referencia, por su indudable interés pese a tratarse de una norma no vinculante, al Dictamen del Comité de las Regiones de 2007, sobre: "La situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales". La aportación de este dictamen reside en que aborda la cuestión desde una perspectiva global, enlazando la necesidad de adoptar actos legislativos comunes a nivel de la UE¹⁴ que consagren el estatuto de los MENAS, con las particularidades de aplicación de dicho estatuto en el ámbito local.¹⁵

El Comité de las Regiones pone de relieve en esta norma la escasa consideración que ha merecido este tema a la Comisión Europea y la descoordinación administrativa existente *ad extra* y *ad intra* en los EEMM en la actuación y regulación de la situación de estos menores.

Dicha descoordinación debe, en su opinión, solventarse en las medidas públicas, y extenderse la coordinación y cooperación de los EEMM a las organizaciones privadas que velan por estos menores. Destaca al mismo tiempo la necesidad de actuar aún antes del control de fronteras, desde la cooperación internacional con los países de origen, proporcionando oportunidades a los menores y a los jóvenes en sus propios países. No obstante, se reconoce también el extraordinario trabajo que están realizando las administraciones competentes en cada uno de los EEMM, lamentando que no en todos existan estructuras armonizadas para atender a estos menores.

Finalmente, el Comité de las Regiones ha solicitado a través de su dictamen que se solucionen cuestiones como la ausencia de procedimientos específicos de solicitud de asilo que ofrezcan una protección adecuada a estos menores; la ausencia de servicios particulares dotados de las competencias necesarias y de recursos suficientes y adecuados, tanto económicos como materiales; la ausencia de referencia a estas cuestiones en las iniciativas recientes sobre derecho de asilo (Reglamento “Dublín II”); la ausencia de procedimientos para la designación de un tutor plenamente informado de las cuestiones relativas al asilo, que pueda beneficiarse además de una ayuda hasta que finalice el procedimiento de reconocimiento del estatuto de refugiado del menor o de otro estatuto similar; y la ausencia de intervenciones destinadas a prevenir la discriminación y la exclusión social, en particular, la detención de menores por jurisdicciones competentes. Todas estas cuestiones han tenido cabida en el mencionado Plan de Acción de la Unión Europea en relación con los MENAS aprobado en mayo de 2010, que forma parte de la denominada “Estrategia de Estocolmo”¹⁶ que abordaremos a continuación.

Efectivamente, una de las prioridades de España en la Presidencia española de la Unión Europea fue la aprobación del Plan de Acción sobre los Menores Extranjeros, plasmado en la mencionada Comunicación de la Comisión Europea de 10 de mayo de 2010.

La virtud principal de este Plan de Acción es sentar las bases de una estrategia común, global y a largo plazo de la Unión Europea respecto de los MENAS. Comprende la asociación con los países de origen para evitar la emigración de los menores en condiciones de riesgo e inseguridad y la trata de personas. Asimismo, integra garantías de carácter específicamente procesal, como el nombramiento de un representante del menor desde el primer momento de su detención, y otras como un mayor compromiso en la búsqueda de la familia en el país de origen, y opciones de integración más allá del retorno como única alternativa posible, que venía siendo la opción dominante.

La Unión Europea comienza a abrir los ojos al fenómeno de los MENAS y sus características y situaciones específicas, que sólo había contemplado en cuanto a solicitantes de asilo o en las garantías frente al retorno. Para ello, una de las ideas clave es la necesidad de obtener datos fiables sobre el número y situación de los MENAS en los países de la Unión Europea, pues hasta el momento las estadísticas han sido escasas e incoherentes. La Comisión Europea asume en este plan compromisos muy interesantes, con instrumentos concretos de financiación de políticas de prevención e integración, y sobre todo con una previsión de continuidad en estas políticas. Sin embargo, el Plan de Acción no incorpora compromisos reales y concretos para los EEMM, ni tiene carácter vinculante como norma, y no va más allá de “animar” o “promover” desde la Unión Europea acciones de los Estados a favor de estos menores.

Lo esencial, como apunta en algunos lugares el plan, es la máxima rapidez en la averiguación de la situación sociofamiliar de los menores que permita adoptar “soluciones duraderas” acordes con el principio del interés superior del menor. Entre estas soluciones, el apoyo al menor y a la familia, cuando la mejor opción sea el retorno, resulta interesante, y especialmente la necesidad de otorgar un “estatus protegido” al menor cuando el regreso con su familia o la reintegración a su país de origen no sean posibles o aconsejables. Lamentablemente, apenas se menciona en el plan un aspecto esencial, la necesidad de que se garantice una transición adecuada a la mayoría de edad, para que al cumplir los 18 años los menores no corran el riesgo de perder

toda la protección y apoyos recibidos. Debe subrayarse no obstante, la mención realizada, dentro de las “soluciones duraderas” que el plan aconseja adoptar para la protección de los MENAS, a “la concesión del estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que permita a los menores integrarse adecuadamente en el Estado miembro de residencia”. Otra de las soluciones duraderas propuestas es “el reasentamiento en la UE de los menores no acompañados que son refugiados en terceros países”.

En resumen, todo quedará en buenas intenciones si no se plasma en instrumentos comunes de la Unión Europea, que garanticen y vinculen a los Estados, a los que se asigne una financiación concreta y adecuada.

Referencias a los MENAS en otras normativas de la Unión Europea

Existen algunas referencias parciales a la situación particular de los MENAS, éstas sí vinculantes, en otras normativas de la UE. Normalmente se dirigen a otorgarles un mejor trato que a los mayores de edad, aunque no son suficientes en términos de garantías. Las analizamos a continuación.

1) Menores extranjeros no acompañados objeto de una medida de protección temporal

La protección temporal o subsidiaria es un escalón de protección inferior al estatuto de refugiado desarrollado en la UE para no dejar totalmente desprotegidas a personas extracomunitarias que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, pero que necesitan protección por un periodo determinado.

La Directiva 2001/55/CE, referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, obliga a los EEMM a proporcionar a los menores extranjeros no acompañados la asistencia que necesiten “médica o de otro tipo” (Art. 13.4) y darles acceso al sistema educativo en igualdad con los nacionales, incluyéndolos además dentro del grupo de colectivos especialmente vulnerables, junto con las personas que hayan sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia moral, física o sexual.

También resulta esencial la previsión de esta directiva de que los EEMM garanticen a dichos menores la necesaria representación, bien sea a través de un tutor legal o, en caso necesario, de una organización encargada del cuidado y bienestar de los menores de edad, o de otro tipo adecuado de representación (Art. 16.1).¹⁷ En un país extranjero cuya organización política y legal es totalmente desconocida para el menor, la existencia de un representante resulta absolutamente imprescindible para que aquellos que no cuentan con la ayuda y protección de un adulto puedan disfrutar de forma real y efectiva los derechos que se les reconocen. En los países de destino la falta de un abogado u otro tipo de defensa o asistencia jurídica es uno de los problemas principales que afrontan los MENAS.

Por último, la Directiva 2001/55/CE contiene previsiones en cuanto al alojamiento de estos menores objeto de protección temporal, primando el acogimiento familiar y escuchando la opinión del menor. No obstante, lo habitual, cuando no existen familiares que puedan hacerse cargo de los menores, es el acogimiento residencial, resultando muy difícil encontrar familias de acogida para menores que en su mayoría son adolescentes.

2) Menores extranjeros no acompañados solicitantes de asilo

A este supuesto, que podría implicar, según la Comisión Europea, un número de entre 50 000 y 100 000 menores¹⁸ se refieren diversas normas. En primer lugar, el Reglamento

343/2003/CE (“Dublín II”), que determina el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo. Si existieran familiares del menor extranjero no acompañado en otro Estado miembro que puedan ocuparse de él, los EEMM (el Estado responsable de la solicitud de asilo del menor y aquel en el que se encuentran sus familiares), “harán lo posible” por reunir al menor con su familia. Es decir, no existe obligación jurídica sino mera posibilidad de reagruparlo con sus familiares, transfiriéndose en tal caso la responsabilidad de examinar su solicitud de asilo al Estado de residencia de tales familiares.

Estas previsiones escasamente garantizan los derechos del menor. No olvidemos que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea declara en su artículo 24.3, al igual que el 9.3 CDN, el derecho de todo menor a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses. Estas normas deberían haberse tenido en consideración por la Unión Europea para apostar de forma más decidida por la reagrupación familiar de los menores cuando ésta es posible y querida por el menor y por su familia.

Las condiciones mínimas que deben asegurar los EEMM de la Unión Europea a los solicitantes de asilo cuando estos son menores extranjeros no acompañados se establecen en la Directiva 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los EEMM. Se trata de garantizarles una representación y alojamiento adecuados con la máxima celeridad, y encontrar cuanto antes a los miembros de su familia por parte de los EEMM responsables de examinar la solicitud de asilo.

La Directiva 2005/85/CE del Consejo, sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los EEMM, también ha establecido normas particulares en relación con los MENAS, haciendo referencia a la necesidad de establecer garantías procesales para ellos, debido a su vulnerabilidad.

Esta norma dispone lo necesario para que cualquier persona tenga garantizado el acceso al procedimiento dirigido a la concesión del derecho de asilo. En el caso de los MENAS deja en manos de los EEMM las competencias para establecer los supuestos en que la solicitud de un menor no acompañado tiene que ser presentada por un representante (Arts. 6 y 17.1.a), y en cuáles podrá presentarla por sí mismo, estableciendo ciertas garantías en relación con las personas que pueden representar al menor y la labor que deben realizar.

Lamentablemente, dicha directiva establece que en ciertas circunstancias los EEMM no nombrarán representante a los menores extranjeros no acompañados, cuando: a) vayan a alcanzar, con toda probabilidad, la mayoría de edad antes de que se adopte una decisión en primera instancia (supuesto muy criticable); b) puedan disponer gratuitamente de un asesor jurídico o cualquier otro tipo de consejero; o c) estén o hayan estado casados.

También se refiere la Directiva 2005/85/CE a la posibilidad de que los EEMM utilicen reconocimientos médicos para determinar la edad de los supuestos menores no acompañados con carácter previo al examen de su solicitud de asilo. En tal caso debe informarse a los menores, en una lengua “que sea razonable suponer que comprenden”, del método de reconocimiento, de las consecuencias del resultado del mismo en relación con el examen de la solicitud de asilo y de las consecuencias en caso de negarse a someterse al reconocimiento.¹⁹

3) Menores extranjeros no acompañados que soliciten asilo en la frontera

En este caso se complica más la situación, puesto que el artículo 35 de la Directiva 2005/85/CE permite a aquellos países que tuviesen una normatividad distinta a la establecida en la directiva respecto a las solicitudes de asilo presentadas en la frontera antes de que ésta se aprobase (antes del 1º de diciembre de 2005), mantener dicha normativa

interna preexistente, incluso si no respeta las garantías en cuanto al procedimiento de examen, concesión y retirada de la solicitud de asilo. Al menos, la directiva deja a salvo algunas garantías inexcusables, entre ellas la obligación de nombrar un representante a los extranjeros menores de 16 años.

4) *MENAS víctimas de la trata de seres humanos o que hayan recibido ayuda para la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades*

La Unión Europea en la Directiva 2004/81/CE, define las condiciones para que los EEMM concedan permisos de residencia de duración limitada a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o la ayuda a la inmigración ilegal. Además, permite decidir en la legislación interna de transposición de la directiva, si quieren extender esta posibilidad a los menores de edad y en su caso a los no acompañados.

En tal caso, se deberá garantizar tras la expedición del permiso la asistencia médica o de otro tipo que requieran conforme a sus necesidades particulares cuando no posean suficientes recursos. Se incide especialmente en que se garantice el acceso al sistema público de enseñanza a estos menores en las mismas condiciones que a los nacionales, y se prevé que se adecue el proceso para la expedición del permiso a la edad y madurez del menor, permitiendo expresamente que se amplíe el plazo de reflexión que se otorga a los mayores para tomar una decisión relativa a la cooperación con la policía. De esta forma los inmigrantes pueden superar el miedo a las mafias responsables de su llegada a la Unión Europea.

5) *Retorno de menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea*

En principio, el Derecho internacional no prevé que los Estados adopten medidas sancionadoras para los menores en situación de irregularidad administrativa. La CDN, en su artículo 20, establece que: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”. Parece obvio que los MENAS están comprendidos en tal categoría y merecen protección especial.

Sin embargo, la Unión Europea parece haberse decantado por considerar a los MENAS como extranjeros “ilegales”, alineándose con los Estados Unidos en una evolución de la política migratoria que sitúa como eje primordial el control de flujos por encima de los derechos humanos reconocidos a los migrantes en los distintos convenios internacionales de alcance universal y que, como apuntábamos, se extiende incluso a los menores migrantes.

La conclusión anterior no es meramente argumentativa, sino que se extrae y deduce de una norma esencial en la ejecución de la política migratoria de la Unión Europea, como es la Directiva de 2008 sobre normas y procedimientos comunes en los EEMM para el retorno de extranjeros en situación irregular. Esta directiva, no en vano denominada “de la vergüenza”, abre la puerta en su articulado a aplicar sanciones como el retorno y la expulsión, e incluso a su internamiento previo a la ejecución de estas decisiones, pese a definir a los menores no acompañados como “personas vulnerables”. Esto es gravísimo y no desmerece tal gravedad que posteriormente se intenten acotar los supuestos en que podrán llevarse a cabo estas acciones de expulsión o internamiento. Se trata a niños como “inmigrantes irregulares”, equiparando además la inmigración irregular en la práctica con la categoría de delito y desvirtuando totalmente el principio universal de que el interés del menor debe primar frente a cualquier

otro interés, incluso el del Estado, o el de entes supraestatales como la Unión Europea, en la aplicación de sus normas y políticas migratorias.

En este sentido, el artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE “Directiva de retorno”, lleva el expresivo título de “Retorno y expulsión de menores no acompañados”, que establece garantías previas cuando la decisión de retorno recaiga sobre un menor.

Desafortunadamente, esta directiva deja pendiente establecer un régimen jurídico aplicable a los menores extranjeros no acompañados cuya repatriación no sea posible y que permanezcan por lo tanto en territorio comunitario.

La segunda referencia a los menores no acompañados que resulta altamente criticable en la “Directiva de retorno” es la referencia que se hace en el artículo 17 al “internamiento de menores y familias”. Como en el caso anterior, la gravedad de aceptar la privación de libertad de un menor sin la existencia de un delito previo y sin límite mínimo de edad es inexcusable, aunque acto seguido se manifieste que sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.

Todo esto convierte en vacua la afirmación posterior en el sentido que: “el interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión”. El recurso al “deber ser” no parece aquí casual. Si verdaderamente “fuese” así, se aplicaría el principio de prioridad presupuestaria. Es decir, se destinarían los recursos económicos, materiales y personales disponibles en primer lugar a la protección de estos niños, en lugar de permitir la vulneración de sus derechos.

CONCLUSIONES

Puede afirmarse que, independientemente de sus países de origen y destino, existe una realidad común al fenómeno migratorio de los menores no acompañados (MENAS). En el origen de este fenómeno están, por una parte, las causas de fondo de cualquier migración. Como en otros casos, los derechos humanos y los que corresponden al estatus jurídico internacional de los menores en función del interés superior del menor se demuestran insuficientes, por inaplicados, frente a la presión ejercida por una política migratoria que privilegia concepciones de seguridad y represión de la inmigración ilegal en las políticas de gestión de flujos migratorios, y que se realiza y retroalimenta con el derecho de extranjería de la Unión Europea y sus EEMM, siguiendo la línea marcada por los Estados Unidos.

En definitiva, en las fronteras españolas y de la Unión Europea, al igual que en la de México-Estados Unidos, se comprueba que la intensificación de los controles fronterizos favorece a las mafias de tráfico de personas y sus ganancias, al tiempo que el riesgo para la vida y costos de cruzar la frontera aumentan para los inmigrantes, en especial para los más vulnerables como los MENAS. Como se ha puesto de manifiesto (Cornelius *et. al.*, 2008), ello no hace disminuir la inmigración, mientras que sí incrementa las muertes durante el proceso migratorio (Anguiano y Trejo Peña, 2007).²⁰ Estas tragedias nos hacen reflexionar sobre las palabras de Jorge Bustamante (2002), cuando sugiere que el derecho soberano de un país de determinar quién debe entrar o no en el mismo es en sí mismo una forma de violación de los derechos humanos, en un mundo en que la noción de los derechos humanos internacionalmente aceptada y de la lucha por su protección es excesivamente conservadora. Por eso es necesaria una reforma migratoria global, tanto en la Unión Europea, como en España, lejos de la “Europa fortaleza”, frente al cierre frontal a toda inmigración que no sea la de carácter temporal para ocupar los nichos laborales abandonados por los trabajadores autóctonos y nacionales de EEMM de la Unión Europea.

En el caso de los MENAS, a las dificultades genéricas de los migrantes se unen otras específicas y de graves consecuencias prácticas, que tienen que ver con su especial vulnerabilidad. La legislación migratoria de la Unión Europea y sus EEMM, pese a los pequeños avances, sigue siendo una legislación incompleta y marcada por el mínimo común denominador, que resulta insuficiente para proteger a los menores extranjeros no acompañados y sus derechos.

En relación con las diversas normas comunitarias referidas a los menores extranjeros no acompañados como inmigrantes o solicitantes de asilo, cabe concluir, como hace Gianluca Bascherini (2008) que con la “Directiva de retorno”, se cierra un periodo quinquenal de trabajo en la Unión Europea orientado a la armonización de las normativas europeas en materia de expulsión y detención de inmigrantes irregulares que confirma las dos velocidades a las que viajan en el panorama europeo las dos partes de la regulación de las políticas migratorias, armonizando la represión de la “irregularidad” migratoria sin haber establecido aún una base de reglas comunes para la inmigración “regular” y determinando una armonización por lo bajo que, aun dejando a cada Estado la posibilidad de mantener las normas más favorables que caracterizan muchas de las legislaciones nacionales en esta materia, podrá fácilmente constituir el pretexto para posteriores “endurecimientos de estas normas”.

El carácter reciente del fenómeno ya ha dejado de ser una excusa, son necesarias normas obligatorias para todos los EEMM en el trato a los menores inmigrantes no acompañados que prevean la aplicación ágil del sistema de sanciones comunitario con todo su peso en caso de incumplimiento. Sin embargo, no parece que ésta sea aún la línea seguida por la Unión Europea, sino la de “buenas intenciones” y pocas obligaciones.²¹

Muchas personas y organizaciones, tanto desde el ámbito privado como público, se han convertido en la voz de los MENAS y en defensores de sus derechos, incluso ante los jueces y tribunales. Estos últimos se han encargado de recordar sus obligaciones a los gobiernos que, lentamente y a veces con reticencias, las comienzan a cumplir y reconocer en sus leyes. Incluso en el campo de la investigación, esta temática comienza a analizarse en profundidad, con la seriedad y rigurosidad que merece y necesita para poder contribuir a la transformación social que la investigación persigue.

Son muchos los escollos que aún quedan para seguir avanzando: deben crearse oportunidades en los países de origen que hagan desaparecer la necesidad de emigrar, desde esos países y a través de la cooperación internacional, debe garantizarse el derecho del menor a ser escuchado y a tener un representante adecuado, frente a la administración o los tribunales de justicia; deben existir normas y criterios claros sobre el trato a los menores que serán reagrupados, y garantizar que las reagrupaciones se produzcan en condiciones de seguridad y sean verdaderamente tales, con su familia o con entidades que se comprometan a proteger a los menores; deben existir puentes que permitan integrar a estos menores en la sociedad cuando alcancen la mayoría de edad, y una larga serie de pendientes por resolver.

Todos estos objetivos necesitan la coordinación entre los distintos niveles e instancias administrativas y judiciales, así como la colaboración con las entidades privadas, de la cooperación entre los Estados de origen y los de destino, y de la adhesión, el desarrollo y respeto de las normas internacionales e internas destinadas a proteger a los menores.²² Únicamente así estos menores “solos” estarán acompañados por toda una sociedad, que podrá llamarse “justa” cuando les proporcione un presente y un futuro, con igualdad de oportunidades y sin discriminación que, en definitiva, es el futuro y la carta de presentación de esa misma sociedad.

NOTAS

- 1 Artículo 189 del nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado en abril de 2011 (RD 557/2011).
- 2 Así, se han incluido en este concepto también «a los menores que dejan de estar acompañados después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros». Esta referencia a los menores que se quedan solos después de entrar en territorio de la UE, así como la consideración de “menores no acompañados” de los padres cuando no estén «efectivamente» bajo los cuidados de un adulto resultan imprescindibles. Tales definiciones, más allá de su valor conceptual, deben servir para que los poderes públicos identifiquen este colectivo especialmente vulnerable y den respuesta a sus necesidades particulares.
- 3 La distinción entre ambos colectivos puede extraerse de la definición establecida por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General núm. 6 CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Según dicho Comité, son menores no acompañados «los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad» y son menores separados «los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes».
- 4 Permítase al respecto la referencia a Francisco Javier Durán Ruiz (2008) pp. 157-159; pp. 195-197 (para el caso español) y pp. 577-588 (para el italiano).
- 5 Reglamento 343/2003/CE 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. Esta mención viene a clarificar la regla general de que el matrimonio conlleva la emancipación y por lo tanto la consideración como mayor de edad de los contrayentes, excluyendo de esta población a los menores casados aunque se encuentren solos en el territorio de un Estado miembro.
- 6 6 USC. § 279(g)(2) –Título 6 del Código Legal de los Estados Unidos, número 279 “*Children’s Affairs*”, letra (g), párrafo 2 (2).
- 7 Según este principio, en interés del menor, la normativa sobre protección de menores debe prevalecer en todos los Estados y en cualquier caso sobre la legislación migratoria.
- 8 Resulta también complicado estimar el número de MENAS en los Estados Unidos, ya que únicamente existen datos, no siempre claros, de aquellos menores que son repatriados. Un informe de 2004 (Gallo Campos, 2004: 10), revela que entre enero de 1998 y mayo de 2003 los albergues de las 11 ciudades fronterizas principales de México recibieron a 42 342 repatriados menores de edad. Según el DIF mexicano, en 2005 se registraron 44 727 repatriaciones en México, siendo 6 603 los que llegaron no acompañados. En 2007 fueron 35 546, y 17 553 (casi 50%) los no acompañados.
- 9 Los menores marroquíes emigran principalmente por los puntos de salida de Tánger, Nador, el puerto de Casablanca y Tarfaya, en Marruecos, y pasan a la península ibérica desde los dos enclaves españoles en África: las ciudades de Ceuta y Melilla. Tánger es el ejemplo típico de una zona de expansión industrial donde se establecieron manufacturas extranjeras en búsqueda de una mano de obra barata, frecuentemente mujeres y niños, recordando a las maquiladoras de las ciudades fronterizas mexicanas con EEUU (Tijuana, Ciudad Juárez y Nogales, principalmente).
- 10 Como ha manifestado Javier De Lucas (2009): “el asilo es un derecho en crisis, amenazado hoy más que nunca... pese a que no cesan de incrementarse los refugiados y desplazados, cada vez llegan menos demandas de asilo a nuestras fronteras. En España, en 2008 se registraron tan sólo 4 516 solicitudes de asilo –la cifra más baja en 20 años– y menos de la mitad de ellas se admitieron a trámite. De éstas, sólo se concedieron 151 estatutos de asilo *strictu sensu*, 2.91% del total (...)”.
- 11 Véase el artículo 78.1 TFUE “*La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal (...)*” y el artículo 79 “*La Unión desarrollará una política común de inmigración (...)*”.
- 12 En tal caso, prevé la aplicación de la normatividad sobre garantías mínimas en los procedimientos de asilo, entre las cuales se incluye el principio de *non refoulement* o “no devolución” de los solicitantes de asilo.
- 13 Un menor sólo será devuelto a otro Estado si hay garantías de que, desde el momento de su llegada al país, será recibido y pasará a estar a cargo, bien de sus padres o de otros adultos que se ocupen de él, bien de instancias gubernamentales de su país de origen o de terceros países a fin de encontrar una solución duradera adecuada, o bien de organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales que ofrezcan suficiente garantía.
- 14 Esta perspectiva es esencial “la carga de la asistencia (de los MENAS) suele recaer íntegramente en los entes locales y regionales, que deben afrontar la situación en condiciones de urgencia porque no disponen de una política de referencia, sin competencias efectivas en el ámbito de la solución del problema en origen, y sin capacidad legal para adoptar decisiones en el ámbito del reagrupamiento o repatriación asistida.” (Considerando 9).
- 15 Este dictamen parte de la consideración de los MENAS como un colectivo vulnerable, cuya regulación se realiza desde el punto de vista de las medidas para evitar la inmigración ilegal, y reconoce la dificultad de disponer de datos a nivel europeo por los distintos criterios estadísticos aplicados por las autoridades nacionales: los consideran solicitantes de asilo, emigrantes económicos o incluso menores abandonados.

- 16 El denominado “Programa de Estocolmo” del Consejo Europeo marca las líneas generales de la política de la UE en el quinquenio 2010-2014, instando a la comisión a adoptar medidas en pro de los derechos de los niños particularmente de los no acompañados o víctimas de trata, explotación sexual o maltrato en el contexto de la política de inmigración.
- 17 Esta cuestión ha sido muy controvertida en España, especialmente en los casos de repatriación. El interés subjetivo del menor de permanecer en España no estaba representado en tales procedimientos. El Tribunal Constitucional (Sentencias números 183 y 184 de 2008), declaró que este proceder provocaba la indefensión del menor y vulneraba el artículo 24 a la Constitución. Esto provocó la modificación del artículo 35 de la Ley de Extranjería en 2009, estableciéndose garantías del derecho de audiencia de los MENAS (*in extenso*, véase Durán Ruiz, 2009: 229-261).
- 18 Número estimado por fuentes de la Unión Europea partiendo de que la Red Europea de Migraciones contabilizó en 2008 11 292 peticiones de asilo de MENAS en 22 Estados miembros, 40% más que el año anterior y considerando que sólo un porcentaje pequeño de menores se atreve a presentar solicitud de asilo.
- 19 No se hace referencia en la directiva a la posibilidad de requerir el auxilio judicial para compeler al menor a someterse a las pruebas de determinación de la edad. Si el menor rechaza someterse a ellas, la directiva establece que la negativa no puede ser causa de justificación para que no se dicte una resolución sobre su solicitud de asilo, ni el fundamento único de una denegación de la solicitud de asilo.
- 20 Así lo ponen de manifiesto para el circuito migratorio México-EEUU, que apuntan como desde 1993 el gobierno estadounidense viene intensificando la vigilancia y control en su frontera con México, provocando un desplazamiento del flujo de emigrantes hacia zonas menos visibles y agrestes de la geografía fronteriza, (desierto de Sonora-Arizona), ocasionando un número estimado de más de 3 000 muertes.
- 21 Atendiendo al Plan de Acción o a la terminología utilizada por el Consejo (Conclusiones relativas a los menores no acompañados en la formación de ministros de Asuntos de Justicia e Interior, 4/6/2010), constatamos con frustración que “pide, invita, recomienda o alienta” (verbos todos ellos propios del acervo del *softlaw* comunitario), a los EEMM, Instituciones y órganos de la UE, a medidas muy loables y acertadas, pero no vinculantes.
- 22 Es imprescindible el desarrollo del Derecho internacional para la protección de los menores extranjeros no acompañados. La falta de apoyos de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1990), que entró en vigor finalmente el 1º de julio de 2003, refleja los déficits relativos a la protección internacional de los migrantes que han provocado un claro distanciamiento entre la protección internacional de los derechos y su aplicación y disfrute en la práctica (Cholewinsky, 2007). Esto, siendo válido para todos los trabajadores migrantes, lo es mucho más en el caso de los trabajadores migrantes menores de edad. La OIM no hace ninguna referencia específica al hecho de que los menores puedan ser también trabajadores migrantes y sus necesidades específicas de protección (Touzenis, 2008).

BIBLIOGRAFÍA

- Angiano, María Eugenia y Alma Trejo Peña (2007), “Vigilancia y control en la frontera México-Estados Unidos: efectos en las rutas del flujo migratorio internacional”, *Papeles de Población*, 13 (51): 45-75.
- Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (2006), Informe 2006 “Entre la represión y la protección: menores extranjeros no acompañados en Andalucía (MENA)”, Sevilla. Puede consultarse en la web: www.apdha.org
- Bascherini, Gianluca (2008), “Las políticas migratorias en Europa: una visión comparada” (traducido por F. J. Durán Ruiz), *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número dedicado a *Inmigración y Unión Europea*, 10: 49-101.
- Bicocchi, Luca y Michelle Levoy (2008), “Los niños indocumentados en Europa. Víctimas invisibles de las restricciones a la inmigración”, PICUM (Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados), Bruselas.
- Bustamante, Jorge (2002), “Immigrants’ Vulnerability as Subject of Human Rights”, *International Migration Review*, 36(2): 333-354.
- Cholewinsky, Ryszard (2007), “The Rights of Migrant Workers”, en Richard Perrachoud Cholewinsky y Euan MacDonald, *International Migration Law - Developing Paradigms and Key Challenges*, TMC Asser Press, La Haya.
- Cornelius, Wayne et al. (2008), *Controlling Unauthorized Immigration from Mexico: The Failure of “Prevention through Deterrence” and the Need for Comprehensive Reform*, Immigration Policy Center, Washington.
- De Lucas, Javier (2009), “El derecho de asilo en tiempos difíciles”, *El País*, Tribuna, 20 de junio de 2009. Puede consultarse en la web: http://www.elpais.com/articulo/opinion/derecho/asilo/tiempos/dificiles/elpepuopi/20090620elpepiopi_5/Tes

- Durán Ruiz, Francisco Javier (2009), "Los menores extranjeros no acompañados y su protección normativa. Especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza", en Rafael Barranco Vela y Francisco Javier Durán Ruiz (ed.-coord.), *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes. Estudios, documentos y selección normativa, con atención especial a la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada.
- (2008), *La protección de los menores en situación de riesgo y desamparo en España y en Italia*, UGR, Granada.
- Gallo Campos, Karla (2004), *Niñez migrante en la frontera norte: legislación y procesos*, DIF/UNICEF México, México.
- Garatto, Germano (2001), *Reflexión sobre aspectos sociopolíticos. Actas del Seminario Europeo sobre Menores Extranjeros No Acompañados*, Unión de Asociaciones Familiares, Madrid.
- Jiménez Álvarez, Mercedes (2004), *Buscarse la vida: análisis transnacional de los procesos migratorios de los menores marroquíes no acompañados en Andalucía*, Colectivo "Al Jaima". Puede consultarse en la web: http://estrecho.indymedia.org/usermedia/application/11/Buscarse_la_vida.pdf
- (1999), "Los niños en la calle en la medina de Tánger y los menores inmigrantes marroquíes indocumentados solos en Andalucía", *Revista Ofrim*, 3: 165-181.
- Lázaro González, Isabel (2007), "Menores extranjeros no acompañados. La situación en España", *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, 19: 149-162.
- Martínez, Domingo (2001), "Los 'niños de la calle' en Ceuta", *Revista Página Abierta* 119.
- Senovilla Hernández, Daniel (2010), "Modelos de acogida, protección e integración de los menores no acompañados y separados en Europa", en Isabel Lázaro González y Beatriz Moroy Arambarry (coords.), *Menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, Madrid.
- (2009), Ponencia en el marco del "Encuentro sobre menores extranjeros no acompañados", 12 y 13 de febrero de 2009, Universidad de Comillas, Madrid, bajo la dirección de la profesora Isabel Lázaro González (en prensa).
- (2007), *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*, Observatorio Internacional de Justicia Juvenil, Bruselas.
- Touzenis, Kristina (2009), *Human Rights of Migrant Children, Serie International Migration Law*, 15, Organización Internacional de Migración (OIM) Ginebra.

GLOSARIO DE LAS NORMATIVAS UTILIZADAS

No vinculantes para los Estados miembros (*softlaw*):

- Resolución del Consejo de la Unión Europea 97/C 221/03, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, COM (2010) 213 final, de 10 de mayo de 2010, Plan de Acción sobre los Menores no Acompañados 2010-2014.
- Dictamen del Comité de las Regiones de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2007, sobre "La situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales" (2007/C 51/07).

Vinculantes para los Estados miembros (*hardlaw*):

- Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida.
- Directivas 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.
- Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.
- Directiva 2005/85/CE 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.
- 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.
- Reglamento 343/2003/CE 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 (Reglamento "Dublín II").

Normatividad de carácter internacional:

- Convención de los Derechos del Niño (CDN), de 20 de noviembre de 1989.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000, enmendada y proclamada de nuevo el 12 de diciembre de 2007.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, de 18 de julio de 1992.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1990.
- Observación General núm. 6 CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005, de la Asamblea General de Naciones Unidas, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Normatividad española:

- Constitución española, de 6 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de extranjería).
- Real Decreto 557/2011, Reglamento que desarrolla la Ley de Extranjería.
- Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos “sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado”, firmado en Rabat el 6 de marzo de 2007.
- Acuerdo entre la República de Senegal y el Reino de España “sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración de menores de edad no acompañados senegaleses, su protección, repatriación y reinserción”, firmado en Dakar el 5 de diciembre de 2006.
- Acuerdo entre Rumanía y España sobre cooperación en el ámbito de la protección de los menores de edad rumanos no acompañados en España, su repatriación y lucha contra la explotación de los mismos, firmado en Madrid el 15 de diciembre de 2005.