



David Moya

Universidad de Barcelona

España

La inmigración de menores no acompañados plantea problemas jurídicos de profundo calado. El debate inicial principal gira alrededor de la necesidad de acoger a tales menores y las condiciones de su retorno a los países de origen

Introducción

En mi intervención intentaré tocar algunos de los problemas que a mi modo de ver plantea la movilidad a través de Europa de Menores Inmigrantes no Acompañados¹ (MEINA), desde una perspectiva eminentemente basada en los derechos humanos y fundamentales de los menores.

Desde esa perspectiva, voy a efectuar un breve repaso a la normativa internacional sobre derechos humanos de los menores para luego incidir en algunos problemas jurídicos que estos menores plantean. Es una materia, en todo caso, que presenta un marcado carácter horizontal pues afecta a cuestiones relacionadas con el derecho migratorio, y específicamente afecta a un colectivo, el de los menores, cuya regulación se encuentra a caballo de varios sectores del ordenamiento: el derecho civil, el derecho administrativo de protección, el derecho penal de menores conocido como *justicia juvenil*, el derecho de extranjería, etc.

Esta horizontalidad lo convierte en objeto de la competencia de varias administraciones abonando la necesidad de coordinar actuaciones entre las mismas. Así, por ejemplo, un menor que entre por el Estrecho de Gibraltar procedente del norte de Marruecos, al cruzar toda España hasta Barcelona, es susceptible de una intervención protectora diferente, aplicada por la administración regional y local de cada uno de los lugares por los que atraviesa. Si, además, este menor toma un tren desde Barcelona hasta Ámsterdam, el problema adquiere una dimensión internacional, requiriendo de una coordinación aún mayor, que tenga en cuenta a las Administraciones extranjeras. Si una vez localizado se le pretende conducir a Marruecos, las instituciones de este país también deberán ser consultadas.

¹ En esta ponencia se utilizan indistintamente las expresiones “menores inmigrantes no acompañados”, “menores en situación de desamparo” o “menores inmigrantes de la calle” para hacer referencia al colectivo cuyos rasgos característicos se describen en el primer apartado de este artículo. Se parte, en cualquier caso, de la definición del colectivo contenida en el art. 1 de la *Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, sobre menores no acompañados de países terceros* (DOCE C 221, de 19 de julio de 1997).



Todas estas distintas Administraciones intervienen a diferentes niveles: local, autonómico, estatal, e incluso comunitario. El problema que subyace en toda la regulación e intervención sobre menores consiste en la dificultad de determinar el grado de restricción de derechos admisible en aras de la protección de intereses generales como el control migratorio² o la delincuencia juvenil, e incluso la propia protección de los menores.

Regulación del régimen de derechos e intervención sobre MEINA

- Marco jurídico internacional de Derechos Humanos

Tradicionalmente, el derecho internacional, que es el que nos sirve como marco general para abordar el tema de los menores, dispone de diversos instrumentos internacionales de eficacia variable:

Una serie de instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos de carácter general contemplan, diseminadamente, una regulación fragmentaria de la protección de los menores: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966) y muy especialmente, en el contexto regional europeo por el *Convenio Europeo de derechos humanos* (1950).

No obstante, la pieza esencial de todo el ordenamiento jurídico internacional y la más relevante es el Convenio de Naciones Unidas de *Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989, cuyo precedente es la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU de 1959, donde desde una visión protectora de los menores, ya se manifestaba que: “*El niño por su falta de madurez física y mental necesitan una protección y de cuidados especiales*”. La relevancia del Convenio de 1989 viene dada por la amplitud y relativa exhaustividad de su regulación así como por el amplio consenso que la respalda, simbolizada en la firma de la Convención por todos los Estados, con la excepción de EE.UU y Somalia, deviniendo de esta manera Derecho Internacional general. Finalmente, no es ajena a la importancia de la universalidad de la protección que otorga a los menores con independencia de su ciudadanía (nacional, extranjero, apátrida), su condición administrativa en el territorio (regular o irregular) o su pertenencia a grupos étnicos o minorías, tal y como expone su art. 2.

De hecho, el artículo 2 de la Declaración reconoce, en línea con los tratados internacionales sobre DH, que la protección debe extenderse a cualquier niño sobre el que el Estado tenga algún tipo de jurisdicción, y éste es el vínculo, que esté en su territorio y que despliegue algún tipo de protección.

En virtud del Convenio, el Estado es responsable de la protección del menor, lo que incluye tanto obligaciones negativas como positivas de protección; entre estas últimas las de proveerle de todos los cuidados que sean necesarios para atender sus necesidades.

- La regulación europea del fenómeno de los MEINA

Junto al Derecho Internacional, los Estados se encuentran sometidos al Derecho Comunitario. La Unión Europea goza de amplios espacios de libre ejercicio de la soberanía delegada por los Estados en las instituciones europeas, soberanía que se ampliará y consolidará cuando se apruebe la Constitución Europea, y ello es especialmente evidente en materia de regulación migratoria. Si se consultan las disposiciones sobre la incorporación de Schengen así como el *Derecho de Inmigración y Asilo* elaborado por la Unión, se concluye que la redacción de las competencias comunitarias es tan amplia y tan ambigua que permite cualquier tipo de intervención comunitaria en esta materia, al libre albedrío de aquellos que deciden en el ámbito comunitario: fundamentalmente los Estados.

² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que los Estados, en tanto que sujetos principales del derecho internacional, tienen plena soberanía en la determinación de sus políticas migratorias. No olvidemos que el tratamiento de los menores se inscribe, parcialmente, en las políticas migratorias. Sin embargo, en toda su actuación los estados están obligados a respetar los derechos humanos (Como *Caso X v. Suecia*, STEDH *Abdulaziz*).



No obstante, si la regulación de la inmigración en UE es fragmentaria, más lo es sobre el tema de menores no acompañados. El enfoque de la intervención y competencias comunitarias europeas sobre MEINA ha sido casi inexistente, a pesar de que los niños y adolescentes son objeto de regulación comunitaria³. A esta afirmación cabe formular una excepción en la regulación de los MEINA adoptada al amparo del Tercer Pilar: la *Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 sobre menores no acompañados nacionales de países terceros*. A finales de 2003 y principios de 2004 se han aprobado una serie de disposiciones con efectos indirectos sobre los menores inmigrantes, sobre la base de las competencias sobre inmigración (arts. 62 y 63 y ss TCE) así como sobre las competencias Cooperación Policial y Judicial, entre las más destacadas la *Directiva de reagrupación familiar*, que fija límites a la reagrupación de ascendientes del menor residente tutelado en virtud de la naturaleza de su autorización de residencia como forma subsidiaria de protección, la *Directiva de residencia de larga duración*, pequeñas reformas de los Manual Común de Fronteras, Instrucción Consular Común, y algunas modificaciones de las bases de datos y sistemas informáticos y de comunicaciones que proliferan en la actualidad como Schengen (SIS), Eurodac, SIRENE, etc...

Frente a políticas y disposiciones dirigidas al control de los menores inmigrantes, supone un importante avance que la Carta de Derechos Fundamentales reconozca la prohibición de expulsiones colectivas o que impliquen un trato inhumano o degradante (art. 19) así como la prohibición de cualquier discriminación por razón de la edad (art. 21), pero probablemente lo más destacable es la recepción por el art. 24 de la Carta de los principios y derechos que en Derecho Internacional y, en general en los Estados miembros, se reconocen a los menores: el derecho a la protección y a los cuidados necesarios, la necesidad de tomar en cuenta la opinión libre del menor cuando su edad y madurez así lo permitan, el interés superior del menor como guía de toda actuación y su derecho a un contacto periódico con sus padres. Es ésta quizá la previsión más importante de protección de los menores que, al igual que el art. 2 del Convenio de Naciones Unidas de 1989, es de aplicación a todos los menores en el territorio de los EEMM, sin distinción de nacionalidad o situación administrativa.

A pesar del avance que supone esta protección, quedan abiertas muchas incógnitas en relación a los MEINA, como, por ejemplo, la inclusión en ficheros de EURODAC, el reconocimiento mutuo de decisiones de desamparo y tutela, la regulación del alejamiento de menores y su inclusión en el SIS, la mejoría de la protección de los menores objeto de tráfico, el grado e instancias de la coordinación europea en este ámbito, etc... Todos ellos problemas que requieren una respuesta a nivel comunitario.

- Disposiciones nacionales: competencias estatales y regionales

A escala estatal, las propias constituciones de los Estados modernos son los que introducen límites a la capacidad de las Administraciones de intervenir sobre un menor. Las Constituciones más recientes, a diferencia de las más antiguas que hablaban como mucho de la familia, han recogido la especial protección que merece la infancia, fuertemente influidas por el Derecho Internacional.

El interés superior del menor

De la *Declaración de los Derechos del Niño* de NNUU, pero como se ha visto, también del resto de normativa comunitaria, estatal y autonómica, se desprende que el principio general que inspira el tratamiento e intervención sobre menores es el del "interés superior del menor". Ahora bien: ¿qué es exactamente el interés superior del menor?

³ La mayor parte de disposiciones comunitarias no intervienen sobre la infancia como tal sino como elementos de la unidad productivo-familiar de los trabajadores comunitarios o como objeto de regulaciones protectoras desde competencias diversas (Directiva de Seguridad en los Juguetes, Directiva de Jóvenes Trabajadores, Directiva de Permiso Parental-Maternidad). Recientemente puede citarse la *Regulación sobre jurisdicción y reconocimiento de decisiones judiciales sobre responsabilidad parental de niños en casos de ruptura familiar internacional*. La reforma del Amsterdam el art. 29 TUE incorporó una referencia a la necesidad de una mayor cooperación en materias de delitos contra menores, autorizando el art. 137 TCE planes de acción social para combatir la exclusión de grupos marginados, entre los cuales los menores.



Es importante determinar el “interés superior del menor”, pues constituye el criterio primordial que guía tanto a instituciones públicas como privadas, a los tribunales -estos últimos en cuanto garantes de los derechos de los menores- y también, no cabe duda, al Legislador. Sin embargo, es sumamente difícil y sólo a la vista de las circunstancias de cada caso puede identificarse el concreto interés del menor. No obstante, este “interés superior del menor” requiere en todo caso el cumplimiento de diversas condiciones que aseguran una mayor aproximación al mismo: por ejemplo, la audiencia al menor suficientemente maduro permite calibrar mejor su voluntad. Además, este principio es también una guía respecto a su ponderación con respecto a otros intereses legítimos públicos o privados, el *interés del menor* es superior a consideraciones de política migratoria, laboral e incluso criminal.

Como consecuencia de la preponderancia de este principio, en muchas ocasiones los intereses públicos o privados se esconden bajo la forma de medidas orientadas al cumplimiento del interés del menor, desplazando la discusión hacia una cuestión de ponderación de los fines de diferentes medidas. Así, por ejemplo, algunas normas han asimilado, malintencionadamente, el interés del menor con intereses sospechosamente cercanos a los intereses estatales de control migratorio. Por ejemplo, la resolución del Consejo de Ministros de la UE del año 1997 sobre protección de MMNA identifica el “interés superior del menor” con la reagrupación familiar del niño en el país de origen. Pero el interés del menor no es siempre y en todos los casos la reunión con su propia familia.

En el fondo, en casi todos los asuntos conflictivos suscitados respecto de menores, los problemas materiales acaban fluctuando alrededor de la determinación de cuál es el concreto “interés superior del menor” y si las específicas medidas propuestas se acercan o alejan del cumplimiento del mismo. Por ello, conviene repasar la respuesta que los Tribunales más importantes han dado a los diversos conflictos entre intereses de los menores e intereses públicos, con el fin de poder disponer de orientaciones al respecto. En este sentido, la jurisprudencia más destacada es la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por las numerosas ocasiones en que se ha enfrentado a estas cuestiones desde una perspectiva de protección de los Derechos así como por la importancia de su jurisprudencia para el ordenamiento interno.

Los Derechos Humanos de los menores inmigrantes no acompañados según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Para presentar los problemas concretos que la interpretación del interés de los menores en materia migratoria presente, se ha optado por agrupar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en torno a unas pocas cuestiones relevantes.

Controles migratorios fronterizos, denegación de entrada y medidas de retorno y expulsión de menores inmigrantes: procedimiento y garantías

Para empezar, uno de los problemas que plantean los MEINA es qué ocurre con ellos cuando son detectados en frontera o en un aeropuerto. Para resolver esta cuestión, podemos recurrir a la **STEDH Nsona v. Bélgica**. En este caso, una menor se presentó en un aeropuerto belga procedente de Kinshasa acompañada de una tía que inicialmente se quiso hacer pasar por su madre, y que disponía de un permiso para entrar y residir en territorio belga. Tras descubrir que la pretendida madre era en realidad la tía de la niña, y que su verdadera madre murió tras encargarle a su hermana cuidar de la niña, las autoridades belgas se encontraron ante el dilema de admitir a una menor que no había seguido los procedimientos de reagrupación familiar, y en tal caso admitir una actuación semifraudulenta, o retornar a la niña al país de origen. Finalmente, las autoridades belgas optaron por la segunda



opción y mantuvieron a la menor en una sala de espera del aeropuerto dispuesta para viajeros rechazados, donde permaneció varios días mientras se gestionaba su retorno a Kinshasa. El retorno se produjo sin acompañamiento alguno por parte de la Administración, la niña volvió acompañada únicamente por las azafatas del vuelo; una vez en Kinshasa, las autoridades belgas no se pusieron en contacto con la familia de la niña o con los servicios de protección hasta 5 días después de la llegada de la niña al país. El TEDH no condenó al Estado belga porque durante ese tiempo la menor permaneció ¡en la casa particular del embajador belga! y, en consecuencia, una situación de potencial violación de los Derechos Humanos no resultó en una violación efectiva y real del Convenio, lo cual no impidió al Tribunal censurar la actuación del Estado belga.

Por un lado, el Tribunal Europeo no condenó al Estado belga porque en la ponderación de los intereses en juego, el “interés superior del menor” era complicado a la vista de las dos únicas soluciones posibles: la vuelta a casa con otros miembros de su familia, o la entrada con una tía que había defraudado el sistema de controles migratorios en frontera. Sin embargo, con su sentencia, el Tribunal dejó abierta la opción a considerar que, en determinados casos, un menor inmigrante con su familia podría ser autorizado a entrar en el país, bajo alguna fórmula de restricción de movimientos.

Por otro lado, la expulsión o retorno de menores no se considera en sí misma una violación de los Derechos Humanos; dicho de otra forma el TEDH admite la legalidad del rechazo en frontera y/o retorno de menores, incluso cuando ese procedimiento conlleva un tránsito de 10 días. Ahora bien, tales actuaciones no pueden realizarse sin un mínimo respeto de los derechos de los menores y algunas precauciones; en definitiva, el menor debe estar atendido en todo momento y no se deben poner en riesgo ni sus derechos ni su integridad física o psíquica. En línea con esto, la denegación de entrada en el territorio o la expulsión de menores requiere un escrupuloso respeto de una serie de condiciones o requisitos procedimentales, que el propio Tribunal desgató para los adultos en la STEDH *Conka v. Bélgica*, pero que con mayor razón son extensibles a los menores.

En el caso de la **STEDH Conka v. Bélgica**, toda una familia eslovaca de etnia gitana en la que había algunos menores (acompañados, claro está) solicitante de asilo en Bélgica fue expulsada en una forma que violó diversas garantías previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal condenó a Bélgica por utilizar el engaño de que se admitía su solicitud de asilo para atraer a la familia Conka a la Comisaría de Policía y allí detenerlos a todos trasladarlos a un centro de deportación. Para empezar, el Tribunal considera que no es posible atraer a los extranjeros, aunque se encuentren irregularmente en el territorio, mediante acciones de manifiesta mala fe o engaño, pues en tal caso la detención del artículo 5.1.f CEDH deviene ilegal. Ello es especialmente importante, pues en muchos casos el alejamiento de menores tutelados se ejecuta con engaño del menor, contaminando la legalidad del procedimiento.

Por lo que se refiere a las garantías otorgadas a la familia Conka, éstas fueron insuficientes: hubo un solo abogado para varias decenas de personas, el abogado no hablaba eslovaco y no coincidió temporalmente con el único intérprete asignado a todos ellos; el abogado sólo tuvo conocimiento de que sus defendidos estaban en un centro de deportación muy tarde, hecho que le impidió prestar su asistencia jurídica con una mínima efectividad. Todo ello condujo a una situación en que *de facto* se obstaculizaron los cauces procesales de acceso a un Juez, para que revisara el caso, redundando en una denegación de tutela judicial y de los recursos existentes. *Mutandis mutandi*, en relación con los procedimientos de expulsión o repatriación de menores, debe existir una garantía efectiva de asistencia jurídica, que el *Convenio sobre Derechos del Niño* de 1989 cifra en un derecho a la información, asistencia jurídica o consejo jurídico, pero que el *Convenio Europeo* amplía hasta la asistencia legal.



Igualmente, antes de iniciar un procedimiento de alejamiento de menores conviene que las autoridades se aseguren de la posibilidad de ejecutar finalmente tal medida y evitar privaciones de libertad de carácter asegurativo que luego se revelan innecesarias (STEDH *Samy v. Netherlands*, de 18 de junio de 2002).

- La adopción de medidas de expulsión de menores inmigrantes por la comisión de delitos

Quizá sea interesante recordar la jurisprudencia cuando los menores inmigrantes de la calle han cometido algunos delitos, por lo cual tienen abierto procedimientos penales. El Estado puede estar tentado de utilizar estos procedimientos para considerar que el menor es un delincuente y, en vez de aplicar la legislación de extranjería, aplicar una expulsión sustitutiva de condena.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que permite a los Estados expulsar a extranjeros delincuentes adultos –incluso inmigrantes de segunda generación⁴– cuando han cometido delitos graves, modula su jurisprudencia cuando los delincuentes son menores, y toma en consideración el tipo de delito, su evolución posterior, el grado de integración en la sociedad de acogida... A modo de ejemplo, se puede apuntar el caso de la STEDH *Japukovic v. Austria*, en el que un menor bosnio viajó con su madre a Austria donde residió hasta que lo condenaron por delito de robo y se inició un procedimiento de expulsión; el Tribunal Europeo consideró que todos aquellos delitos cometidos durante la fase previa a la mayoría de edad no debían considerarse con la misma severidad que si hubiera sido un adulto y, de hecho, frenó la expulsión.

En todo caso, en las expulsiones de menores delincuentes conviene calibrar correctamente el peligro de que en su país de origen sufran persecución y, por efecto, puedan sufrir tratos inhumanos o degradantes o una violación de sus derechos. A este respecto debe tomarse en consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo elaborada respecto a dos adultos en los casos STEDH *D v. Reino Unido* y STEDH *BB. v. Francia*, ambos casos de enfermos terminales, en los que el Tribunal Europeo admite que si bien el tráfico de drogas autorizaría en condiciones ordinarias su expulsión, la ausencia de tratamiento médico en los países de destino les estaría condenado a muerte *de facto*. En muchos casos de menores tutelados en Barcelona, los trastornos mentales o la adicción a drogas que padecían impedirían su expulsión o seudoreagrupación familiar en tanto que contrarias a su *interés superior* en los casos en que en el país de destino el menor no recibiría un tratamiento psiquiátrico.

Respecto de los menores, se produce la paradoja de que en lugar de hablar de expulsión se habla de repatriación. Con ello las Administraciones rehuyen la aplicación de los anteriores criterios a un menor, con la explicación, por ejemplo, de que se reagrupa con su familia en el país de origen. Siendo discutible, puede sostenerse que tal deformación del concepto de reagrupación familiar no puede ampararse en la comprensión que del art. 8 CEDH ha realizado el Tribunal, y en todo caso los derechos no pueden ser utilizados en perjuicio del titular de los mismos. En este caso, lo que hay que decir es que existe vida familiar sólo si el menor es activamente reclamado por su familia y el “interés superior del menor” pasa por su vuelta con la familia o a una institución que no es la familia directa, pública o privada. En tales casos, lo que puede existir es, en realidad, una *expulsión encubierta*, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rechazado para los adultos (STEDH *Bozzano*).

- Actividad pública protectora de MEINA

Por abandonar la perspectiva tan negativa de las expulsiones, hay algunas sentencias sobre las obligaciones de prestación de los Estados en materia de menores no acompañados.

⁴ Por todas, la inicial STEDH *Moustaquim*, o recientemente las STEDH *Yıldız v. Austria*, de 31/10/2002, STEDH *Boultifo* o STEDH *Benhebbu v. Francia*, de 10 de julio de 2003.



Existe una línea jurisprudencial muy reciente del Tribunal Europeo y, por consiguiente, aún no definitivamente asentada, que reconoce que determinadas prestaciones públicas para un menor tutelado pueden constituir un derecho fundamental exigible ante las autoridades; de esta manera, la limitación al acceso a determinadas prestaciones públicas podría ser susceptible de ser considerada una violación de los derechos fundamentales (STEDH *Kouwa Purriez v. Francia*, de 30 de septiembre de 2003).

Igualmente, en materia de menores no se puede dejar de citar el caso de la STEDH *Olsson v. Suecia*, en el que varios hermanos (nacionales) fueron sacados del hogar familiar porque las autoridades consideraban que los padres no estaban en condiciones de protegerlos y prestarles su atención. Este caso es importante porque efectúa algunas reflexiones que son trasladables a las obligaciones de las personas que tratan a los menores y en ese sentido, por delegación de las autoridades administrativas locales.

En nuestro ámbito de interés, el derecho a la vida familiar significa que el menor inmigrante ha de mantener el contacto con su familia, si ello es beneficioso para él. De ahí podemos preguntarnos, desde una posición maximalista, si puede un menor reagrupar a su familia con base en el derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH. Ello genera un dilema, pues si el Estado de acogida protege al menor porque carece de familia que se hagan cargo de él, aparentemente puede considerarse excesivo dar un permiso de residencia temporal a una familia que en origen no quiere hacerse cargo del menor. Como mínimo hay que plantear este dilema porque es posible encontrar algunas líneas de solución si las razones por las que la protección se efectúa no dependen de un rechazo directo de la familia a prestar esa asistencia familiar sino a otras condiciones socioambientales. En todo caso, el concepto de familia es muy amplio y a lo mejor cabe permitir la visita al centro de los hermanos del menor, etc. Desde una posición menos maximalista la garantía de ese contacto con la familia de origen puede realizarse por carta, e-mail, teléfono, etc.

Me gustaría poner el ejemplo de lo que está pasando en Ceuta desde diciembre del 2003 para ver qué respuesta desde la legislación internacional se puede dar. Hay un grupo de 12 menores de entre 16 y 17 años nigerianas que no son acogidas en el centro de estancia para inmigrantes ni son atendidas por la protección de menores siguiendo la instrucción del fiscal general del estado español porque entienden que están emancipadas, por lo tanto se encuentran en la calle y no se está haciendo nada.

La Instrucción de Fiscalía plantea numerosos problemas jurídicos y políticos. Esta Instrucción, según creo, va a decaer tras las serias críticas que ha suscitado. En mi opinión, en este caso, existe una falta de asistencia social, especialmente porque al tener 16 años deben ser tuteladas automáticamente si existe desamparo. Como siempre, el problema es el mismo, ante un derecho debe buscarse la forma de garantizarlo y hacerlo efectivo. Ante la ausencia de garantías reales de acceso del menor a la Jurisdicción, deben buscarse vías indirectas, por ejemplo, a través de ONGs que pueden actuar en nombre de estas menores solicitando a un juez civil que declare sustitutoriamente la tutela o bien denunciando que hay un incumplimiento del Estado. En algunas sentencias se ha llegado a castigar a la Administración que no cumple con sus obligaciones protectoras exigiendo su responsabilidad administrativa, es decir exigiendo una indemnización. Obviamente, *el Convenio Europeo sobre Derechos del Niño* ordena la protección de los menores. Como se ha señalado la UE dispone de una Resolución marco de protección a las víctimas del tráfico de inmigrantes. Esta resolución es jurídicamente vinculante, aunque no es de obligatoria aplicación hasta agosto del 2004. En ella, se prevé que en estos casos en los que hay menores, se ha de ofrecer una protección como si fueran víctimas del tráfico de inmigrantes, aunque hayan participado voluntariamente en el acto de tráfico.



Algunas conclusiones y algunas ideas para la discusión

A medida que se han presentado los problemas de los MEINA y la jurisprudencia del Tribunal se han enunciado algunas conclusiones. Interesa aquí más bien formular una conclusión genérica al hilo de las afirmaciones iniciales.

Empezamos diciendo que la soberanía nacional en materia migratoria sólo encontraba sus límites en la protección de los Derechos Humanos (STEDH *Abdulaziz*). Sin embargo, en un mundo crecientemente regulado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de soberanía estatal está cada día más limitado, y ello no puede ser más cierto en materia de regulación migratoria. En realidad, esa misma jurisprudencia reconoce que la competencia estatal encuentra su límite en los Derechos Humanos, además de normas de *ius cogens* internacional (Derecho obligatorio), en las disposiciones constitucionales internas (Estado Democrático, Derecho y Social, descentralizado) y en los procesos de construcción supranacional (cesión de soberanía Unión Europea). Y conviene enfatizar que en el entorno europeo la propia existencia de un Estado del Bienestar impondría una serie de obligaciones de prestación en condiciones de igualdad hacia los menores extranjeros.

No obstante, a lo largo de esta exposición se han detectado numerosos puntos de conflicto entre la normativa sobre menores dictada a diversos niveles (comunitario, nacional, regional) y las disposiciones de protección de los Derechos Humanos. La realidad jurídica de los menores inmigrantes es que carecen de un sistema protector en el que gocen de garantías suficientes que aseguren realmente su propio y superior interés.

Sólo un par de ideas más para la discusión posterior. El Derecho comunitario está en expansión, y en materia de inmigración la Comunidad ha asumido unas competencias amplísimas y ambiguas que desarrolla con los instrumentos que mejor le convienen. En concreto, sobre menores no acompañados, la resolución del Consejo de Ministros de la UE de junio del 1997 sobre menores no acompañados, algunos de cuyos preceptos son más que discutibles, constituye la principal regulación de su régimen, pero sin duda elaborará normas complementarias. A este respecto, cabe adelantarse y plantearse qué es lo que verdaderamente debe regular el Derecho Comunitario ¿podría ser interesante que a los menores no acompañados se les pudiera realizar un seguimiento a efectos de detección e intervención en todo el territorio de la Comunidad? ¿Debe tratarse de mecanismos de control de carácter policial como las huellas dactilares? Tales perspectivas ofrecen aspectos positivos, como disponer inmediatamente del expediente de intervención sobre el menor en cualquier lugar de Europa, pero suscita también lógicas prevenciones.

Por otra parte, hasta ahora hemos centrado nuestra atención en los menores no acompañados cuya presencia en la calle es más llamativa o evidente, pero no sabemos nada y no estamos incluyendo en el concepto de menores inmigrantes desprotegidos a otros menores, por ejemplo de países del Este o, por ejemplo, aparentemente apenas entran chicas, lo cual contrasta con una percepción sobre el terreno. Esta percepción se confirma con la aprobación de la *Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002 sobre la lucha contra la trata de seres humanos* de 19 de julio de 2002 (DOCE L-203), que unifica la legislación penal a efectos de lucha contra el tráfico de personas, especialmente de menores de 18 años, cuyas sanciones se elevan a más de ocho años de cárcel si se pone en peligro deliberadamente la vida de la víctima o si por debajo de mayoría de edad sexual y la infracción se cometió con fines de explotación, prostitución o explotación sexual, violencia grave o uso de organización delictiva. Es de especial interés, porque otorga la condición de víctimas especialmente vulnerables a los niños, en sintonía con la Decisión-marco del Consejo de 15 marzo de 2001 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, que exige la asistencia adecuada de la víctima y su familia.