

# ¿Y LOS DERECHOS DE LOS MENA? UN ANÁLISIS EN PERSPECTIVA EUROPEA

**Dra. Claribel de Castro Sánchez**  
*Facultad de Derecho, UNED*

## **RESUMEN**

Según datos de ACNUR, en 2020 se contabilizaron 138.600 menores no acompañados en el mundo y, según la FRA, en 2018, fueron 19.745 los menores no acompañados que solicitaron asilo en la UE, lo que supone que uno de cada 10 niños que solicita asilo es un menor no acompañado. Estos datos no hacen más que constatar la preocupante realidad de vulnerabilidad que las migraciones irregulares generan para los menores y a la que debe darse respuesta desde Europa, lugar de destino de muchos de estos MENA. Por ello, en el presente trabajo se pretende realizar un análisis de las iniciativas acometidas por instituciones y organismos internacionales en Europa, especialmente la UE y el Consejo de Europa, desde una óptica jurídica, con el fin de determinar si las respuestas dadas hasta ahora son suficientes o no lo son, y en este caso, intentar ofrecer opciones de futuro.

## **PALABRAS CLAVE**

Menores Extranjeros no acompañados, derechos humanos, Unión Europea, derecho de asilo, interés superior del menor.

## **ABSTRACT**

According to UNHCR, in 2020 there were 138.600 unaccompanied minors and, according to the FRA, in 2018, 19.745 unaccompanied minors applied for asylum in the EU, which means that one out of every 10 children who apply for asylum is an unaccompanied minor. These data only serve to highlight the worrying reality of vulnerability that irregular migration generates for minors and to which Europe, the destination of many of these UFM, must respond. For this reason, this paper aims to analyse the initiatives undertaken by institutions and international organisations in Europe, especially within the framework of the EU and the Council of Europe, from a legal perspective, in order to determine whether the responses given so far are sufficient or not, and in this case, to try to offer options for the future.

## KEY WORDS

Unaccompanied foreign minors, human rights, European Union, asylum law, best interests of the child.

**Sumario:** 1. Introducción: lo que arrojan los datos. 2. ¿Qué entendemos como menor extranjero no acompañado? 3. La protección de los menas por la ONU. 4. Menas y derechos humanos en el espacio europeo: ¿hacia un sistema común de protección? 4.1. El impulso decidido del TEDH para garantizar los derechos de los MENA. 4.2. El camino recorrido por la UE hacia la protección de los MENA. 5. Conclusiones

### 1. INTRODUCCIÓN: LO QUE ARROJAN LOS DATOS

El análisis de los datos arroja la conclusión de que uno de los efectos preocupantes del incremento de la inmigración hacia los países de la Unión Europea es el aumento de los menores extranjeros no acompañados (MENA). Este fenómeno, existente en todos los países de la Unión, posee ciertamente mayor incidencia en los países del sur<sup>1</sup>, países que constituyen la frontera exterior de Europa con el continente africano, en los que se cuenta con datos que constatan la magnitud de la situación a la que deben hacer frente estos Estados<sup>2</sup>. Evidentemente, en la medida en que estamos hablando de inmigración irregular, resulta muy complicado contar con datos estadísticos totalmente fiables<sup>3</sup>, si bien el acceso a datos contrastados arroja una realidad muy alarmante. En su Informe de 2020, el ACNUR calcula que hay 82,4 millones de desplazados forzados -el doble que hace veinte años-, de los cuales 26,4 millones son refugiados, siendo niño uno de cada 2 refugiados y habiéndose registrado por la

---

<sup>1</sup> VINAIXA MIQUEL, M., "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n. 1, Marzo 2019, p. 572.

<sup>2</sup> Según datos del Ministerio del Interior recogidos por el Comité Español de UNICEF en su informe de 2018, se encontraban en el sistema de protección de menores no acompañados en territorio español 13.012 MENA, lo que supone un incremento del 103% respecto de los datos de 2017. Vid. UNICEF, *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, UNICEF Comité Español, 2019.

<sup>3</sup> LÓPEZ ULLA, J. M., "La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, septiembre/diciembre, 2013, p. 1062.

agencia 138.600 menores no acompañados<sup>4</sup>. En esta misma línea, la FRA ha constatado que en 2018 fueron 19.745 los menores no acompañados que solicitaron asilo en la UE, lo que supone que uno de cada 10 niños que solicita asilo es un menor no acompañado<sup>5</sup>. Con estos datos, por tanto, no parece errado afirmar que una de las situaciones más complejas que generan los movimientos de personas y, por ende, a la que deben dar respuesta tanto los Estados -de origen, tránsito y destino-, como las organizaciones internacionales es la de los Menores Extranjeros No Acompañados.

La condición de menor no acompañado puede haberse generado en origen, al haber partido los menores solos desde sus países de origen, o bien haberse generado en el país de destino ya que, habiendo realizado la migración acompañados de sus padres o de un adulto a su cuidado, son “abandonados” en el país de destino<sup>6</sup>. En cualquier caso, lo que es evidente es que nos encontramos ante uno de los grupos más frágiles y vulnerables al coincidir dos elementos de vulnerabilidad en un mismo individuo como es la minoría de edad y la condición de extranjero; además, a esta doble condición de vulnerabilidad pueden sumarse otras como el género, o la condición sexual, o la nacionalidad, o la confesión religiosa que se profese. Y, por ende, la vulnerabilidad aumentará en el caso de MENA solicitantes de protección internacional, ya que, como ha afirmado la Prof<sup>a</sup> Morgades, “los refugiados no reconocidos aún como tales y, en general, los demandantes de asilo llegan a las fronteras de los estados europeos donde permanecen con una merma de la oportunidad de ver satisfechos sus derechos básicos, en ocasiones por largos períodos de tiempo, y a menudo en situación de privación de libertad. Por esta razón, cada vez debe considerarse que los demandantes de asilo forman un colectivo de personas con una vulnerabilidad especial derivada de su extranjería y de la búsqueda de una protección de sustitución, que suele llevarles a una situación de extrema precariedad en los estados a los que logran llegar, por lo menos hasta que son admitidos en un país de acogida. La vulnerabilidad especial de los demandantes de asilo se explica asimismo por el desarraigo y el desamparo debido a la ausencia de

---

<sup>4</sup> ACNUR Comité Español: *Informe Anual 2018*, ACNUR, 2019, pp. 4-5; ACNUR, *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2020*, <https://www.acnur.org/60cbddfd4>.

<sup>5</sup> FRA: *Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations*, 2019, p. 3.

<sup>6</sup> DÍAZ MORRÁS, F. J.: “Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección”, *REDUR*, n. 10, diciembre 2012, p. 96.

protección efectiva del estado de la nacionalidad que, además, no puede reclamarse, al fundarse su situación como demandantes de asilo precisamente en la imposibilidad de retornar al país de origen debido a los temores de persecución o graves violaciones de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a la libertad o la seguridad”<sup>7</sup>. Por tano, es evidente que los MENA son un grupo especialmente vulnerable lo que revela la necesidad de una especial protección en el espacio de la Unión Europea.

Esta necesidad de encontrar soluciones para esta situación alarmante, a la par que preocupante, ha sido puesta de manifiesto tanto por la Unión Europea (UE) como por el Consejo de Europa (CdE) en numerosos documentos e iniciativas de diversa índole que, sin embargo, no han derivado en un marco normativo homogéneo de actuación, evidenciando la ausencia de voluntad política por parte de los Estados Miembros (EEMM) y las instituciones europeas en este ámbito y poniendo “en entredicho algunos de los valores y principios” esenciales de la Unión<sup>8</sup>. Así pues, parece existir un abismo entre la voluntad de los “ciudadanos” de los Estados miembros, expresada a través del Parlamento Europeo que ya en 2011 afirmaba “que el punto de partida de las políticas europeas en la materia ha de ser la protección de los menores, no el control de la inmigración”<sup>9</sup>, y la de los Gobiernos de los EEMM que a través del Consejo y del Consejo Europeo siguen definiendo una política de migración europea que responde a esa idea de Europa Fortaleza más preocupada por garantizar la seguridad interior de la Unión que en garantizar los derechos de aquellos que puedan encontrarse bajo su jurisdicción<sup>10</sup>.

Con estos mimbres, el objeto de este trabajo no es otro que analizar cuales son las iniciativas emprendidas en el continente europeo por parte

---

<sup>7</sup> MORGADES GIL, S.: “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 37, septiembre/diciembre, 2010, pp. 804-805.

<sup>8</sup> LÓPEZ ULLA, J. M., “La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, op. cit., p. 1067.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Sorprende la actitud europea cuando se observan cuales han sido los mayores países de acogida en el último año: Países de acogida: Turquía (3,7 M), Pakistán (1,4M), Uganda (1,4 M); vid. ACNUR, *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2020*, op. cit.

de los diferentes organizaciones internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales de los menores no acompañados con el fin de determinar hasta que punto son suficientes y/o necesitan ser reforzadas o modificadas.

## 2. ¿QUÉ ENTENDEMOS COMO MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO?

Paso previo al análisis del nivel de eficacia de los sistemas de protección de los MENA en Europa es la delimitación y definición de lo que por tal debamos entender desde el mundo del Derecho. En este empeño, la primera evidencia es que no existe un concepto unívoco de Menores Extranjeros no Acompañados ni en la literatura especializada, ni en las diferentes “regulaciones” sobre el tema, ni siquiera a nivel europeo. Así, con la finalidad de denominar a aquellos individuos que se encuentran en un proceso migratorio, menores de 18 años y que no se encuentran al cuidado de ningún adulto nos podemos encontrar con diferentes términos como “niños no acompañados”, “menores no acompañados”, “niños separados” o “solicitantes de asilo no acompañados”<sup>11</sup>. Ciertamente, la diferente denominación de la realidad a la que nos enfrentamos no es baladí, pues determinará en buena medida el régimen de protección del individuo. Sin embargo, dado que el estudio diferenciado de estas denominaciones y cómo ello incide en la protección que cada Estado europeo dispensa en cada caso concreto excede con mucho el objeto de este trabajo, únicamente se intentarán extraer los elementos comunes

---

<sup>11</sup> BARRANTES GONZÁLEZ, S. A., “El derecho de los refugiados en la Unión Europea. Un análisis de la situación de las y los menores de edad no acompañados”, *Documentos de Trabajo IELAT*, n. 106, Enero 2018, pp. 39-40; FERNÁNDEZ-RAMOS, M. V., “Niños y Niñas no acompañados. Entre la desprotección y la garantía de derechos”, en *Revista Trabajo Social*, Vol. 21 (2), jul.-dic. 2019, pp. 126-127; MOHAMED-ABDE-RAHMAN, J., RUIZ-GARZÓN, F. & VILÁ-BAÑOS, R., “Historia de vida de un menor extranjero no acompañado en Melilla”, en *MODULEMA*, 2, 2018, pp. 87-88; SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., “Analyse d’une catégorie juridique récente: le mineur étranger non accompagné, séparé ou isolé”, en *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 30 (1), 2014, pp. 17-34; SERRANO CABALLERO, E., “Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europa”, en *Revista de El Colegio de San Luis*, nº 15, 2018, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6310488> (última consulta 22/10/2019); VINAIXA MIQUEL, M., “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, op. cit., p. 577.

que permitan delimitar la realidad objeto de análisis a fin de determinar el nivel de garantía de sus derechos en Europa, con especial referencia a la acción de la UE y el CdE, sin soslayar la labor de Naciones Unidas. Así, como primer paso y desde la perspectiva universal debemos tener en cuenta las definiciones manejadas al respecto por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC).

El ACNUR considera que son “niños no acompañados” los menores de dieciocho años que se encuentran fuera de su país de origen y están separados de sus padres o cuidadores habituales<sup>12</sup>; por su parte, el CRC establece que “niños no acompañados” son “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”, entendiéndose por niño “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes mayoría de edad”<sup>13</sup>.

Por su parte, en el ámbito de la UE, a la luz de la Directiva 2011/95/UE<sup>14</sup>, podemos entender por menores no acompañados “el menor de dieciocho años no nacional de la UE o apátrida que llegue al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; incluyendo al menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados Miembros”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> ACNUR: *Manual de reasentamiento*, Ginebra, 2011, p. 463, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9138.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2013/9138>.

<sup>13</sup> CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005, *Observación General nº 6 (2005). Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, pp. 6 y 7.

<sup>14</sup> *Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estudio uniforme para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida*, art. 2.1.

<sup>15</sup> Esta noción se había recogido en términos muy similares por la *Resolución del Consejo, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros* (DOCE 97/C 221/03) y posteriormente en las *Directivas 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección*

A la luz de los diferentes textos analizados y con el fin de determinar el grupo de personas objeto del presente estudio, podemos extraer tres elementos o características comunes que definen la condición de MENA: a) la minoría de edad, b) la ausencia de un adulto responsable y c) la condición de extranjero o apátrida<sup>16</sup>.

La condición de la minoría de edad es una de las que más problemas plantea, fundamentalmente por dos razones: una, por la dificultad de su determinación y otra, por lo prolongada y extensa que tal determinación puede ser en el tiempo.

Así respecto de la determinación de la edad, se ha de tener presente que muchos de los mecanismos que se han venido utilizando consisten en pruebas médicas invasivas, como por ejemplo el examen dental, la medición ósea de la muñeca o la medición ósea de las rodillas, que requieren el uso de ondas magnéticas y rayos X y que, por tanto, pueden tener efectos

---

*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 (art. 2.f), la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados Miembros (art. 2.h), la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (art. 2.f), la 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 estados que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (art. 2.f), la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (art. 2.i) o la 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. Vid. DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: "Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de los derechos fundamentales", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 26, segundo semestre 2015, pp. 86-88; DÍAZ MORRÁS, F. J.: "Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección", op. cit., p. 96.*

<sup>16</sup> SERRANO CABALLERO, E., "Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea", op. cit.; VINAIXA MIQUEL, M., "La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados", op. cit., pp. 578-581.

secundarios en la salud física o psíquica del menor<sup>37</sup> pudiendo ser la utilización de estas técnicas, asimismo, tal y como han puesto de manifiesto en diversas ocasiones el TEDH, el TJUE y los tribunales de los Estados europeos, constitutiva de violación de derechos fundamentales<sup>38</sup>.

El otro aspecto relevante es el de la necesidad de que estos métodos se realicen a la mayor brevedad posible con el fin de evitar “el desarraigo y la marginación anónima”<sup>39</sup> de los menores, por una parte, y que este grupo vulnerable deje de recibir las garantías que le corresponden por pasar de menores a mayores de edad en el período en que se está llevando a cabo el procedimiento de determinación de la edad correspondiente, por otra. En este sentido, desde diferentes sectores, se han vertido condenas sobre el uso de estos métodos por su alto margen de error, de hasta dos años en algunos casos, y por el hecho de que algunos Estados de la UE precisamente dilatan lo máximo posible estos trámites para poder tratar a estos “ex MENA” como inmigrantes irregulares adultos y, por tanto, con menores garantías<sup>20</sup>.

En esta línea y tal y como se ha enfatizado en la *Guía Práctica sobre Determinación de la edad* elaborada por la Oficina Europea de Asilo (EASO), en todas las cuestiones relativas a la determinación de la edad los elementos claves a tener en cuenta son el interés superior del menor y el beneficio de la duda. Partiendo de estos dos elementos, la EASO

---

<sup>37</sup> GATZSCHE, K., “Child Protection in flight situations: The Hague Child Protection Convention and unaccompanied minors”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n. 1, 2019, p. 342; VINAIXA MIQUEL, M., “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, op. cit., p. 580.

<sup>38</sup> DE PALMA DEL TESO, A. & GONZÁLEZ GARCÍA, A.: “La determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados tras la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 2015, pp. 611-637; DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “Nuevos desafíos para la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados (Un estudio a la luz de los estándares nacionales e internacionales de protección de los derechos fundamentales)”, op. cit., p. 85 y ss.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>20</sup> BARRANTES GONZÁLEZ, S. A., “El derecho de los refugiados en la Unión Europea. Un análisis de la situación de las y los menores de edad no acompañados”, op. cit., pp. 46-47; FELTZ, V., *Age assessment for unaccompanied minors. When European countries deny children their childhood*, Doctors of the World/Médecins du Monde International Network, 2015, p. 3; FUNDACIÓN RAÍCES/FUNDACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: *Solo por estar solo. Informe sobre la determinación de la edad en menores no acompañados*, Madrid, 2014, pp. 16-17.



entiende que sólo deben utilizarse mecanismos de determinación de la edad cuando sean necesarios y útiles, que en el caso de ser necesaria su utilización, se utilizarán preferentemente los métodos menos intrusivos y que, en cualquier caso, la determinación de cuál sea el método menos intrusivo deberá realizarse caso por caso de forma individualizada<sup>21</sup>.

Como decíamos supra, la determinación de la edad no supone una cuestión baladí pues la aplicación o no de un régimen más beneficioso depende precisamente de si se es o no menor de edad. Así, tal y como señala Díaz Morrás, se pueden establecer dos grandes modelos de actuación con los MENA en el ámbito de la Unión Europea: a) los países que consideran a los menores no acompañados como solicitantes de asilo y por tanto se les aplica la legislación relativa a la solicitud de asilo mucho más garantista que la legislación general de extranjería (Portugal, Francia, Suiza, Bélgica, Holanda, Dinamarca e Irlanda); b) los países que, por el contrario, los consideran como inmigrantes irregulares, no incluyéndoles automáticamente como solicitantes de asilo, como sucede en España o Italia<sup>22</sup>. En cualquier caso, en todos los países de la UE, desde el momento en que se determina la minoría de edad se aplica un procedimiento diferenciado<sup>23</sup>.

### 3. LA PROTECCIÓN DE LOS MENA POR LA ONU

En el marco del proceso de codificación en materia de derechos humanos acometida por la Organización de las Naciones Unidas, el texto específico que se ocupa de los derechos de los menores es la *Convención sobre los derechos del Niño*, adoptada en 1989 y que a día de hoy ha sido ratificada por 196 Estados, lo que supone la práctica totalidad de los Estados del mundo<sup>24</sup>. Es cierto que la Convención no se ocupa de forma

---

<sup>21</sup> EASO: *Practical Guide on Age Assessment*, 2018, <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/easo-practical-guide-on-age-assesment-v3-2018.pdf>; GATZSCHE, K., "Child Protection in flight situations: The Hague Child Protection Convention and unaccompanied minors", op. cit., p. 342.

<sup>22</sup> DÍAZ MORRÁS, F. J.: "Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección", op. cit., p. 97.

<sup>23</sup> FRA: *Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations*, Austria, 2019.

<sup>24</sup> Sobre el estado de ratificaciones, así como las declaraciones y reservas presentadas por los Estados puede consultarse <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?s->

expresa de los derechos de los MENA, encontrándose únicamente una pequeña referencia en el artículo 22 que se ocupa de los niños y niñas solicitantes de refugio; pero también lo es que es este instrumento internacional el que establece el régimen mínimo de protección de todos los menores, sean estos migrantes o no, sentando los dos principios claves del sistema: el principio de no discriminación (art. 2) y el interés superior del menor (art. 3)<sup>25</sup>. La ausencia de un régimen específico en la Convención de los Derechos del Niño para los Menores Extranjeros no Acompañados, así como la especial vulnerabilidad de este colectivo<sup>26</sup> llevó al Comité de los Derechos del Niño (CRC) a adoptar el 1 de septiembre de 2005 la *Observación General N° 6 sobre el Trato de los menores no acompa-*

---

rc=TREATY&mtdsg\_no=IV-11&chapter=4&clang=\_en.

<sup>25</sup> BARRANTES GONZÁLEZ, S. A., "El derecho de los refugiados en la Unión Europea. Un análisis de la situación de las y los menores de edad no acompañados", *op. cit.*, pp. 42-43. Sobre la concreción del interés superior del menor puede consultarse, entre otros, HERRANZ BALLESTEROS, M.: *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Lex Nova, 2004.

<sup>26</sup> Esta especial vulnerabilidad se manifiesta, en opinión del Comité, entre otras situaciones en la "mayor exposición a la explotación y abusos sexuales, al reclutamiento en fuerzas armadas, al trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y a la privación de libertad. También sufren con frecuencia discriminación y no tienen acceso a la alimentación, al cobijo, a la vivienda, a los servicios sanitarios y a la educación". Situación que se agrava en el caso de LAS MENA, que "están particularmente expuestas a la violencia de género y, en particular, a la violencia doméstica. En algunos casos, estos menores no pueden obtener documentos de identidad apropiados, no tienen acceso a registros, su edad no puede determinarse, ni pueden tampoco solicitar documentos, instar la localización de la familia, ni acceder a sistemas de tutela o asesoramiento jurídico. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada a los menores no acompañados o separados de su familia o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tenga en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de conseguir. Son también muchos los menores que disfrutaban de un régimen sólo temporal que finaliza al cumplir los 18 años y se encuentran entonces con que existen muy pocos programas eficaces de retorno". Vid. UN Doc. CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005, *Observación General N° 6 sobre el Trato de los menores no acompañados y separados de sus familias fuera de su país de origen* par. 3, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf>.

*ñados y separados de sus familias fuera de su país de origen* (UN Doc. CRC/GC/2005/6).

Los principios de los que parte la Observación General son: el principio de no discriminación (art. 2) el interés superior del menor (art. 3), el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6), el derecho del niño a expresar su opinión libremente (art. 12)<sup>27</sup>, el principio de no devolución y el principio de confidencialidad. El principio de interés superior del menor<sup>28</sup> debe respetarse de forma absolutamente escrupulosa por la mayor vulnerabilidad de este colectivo y así lo pone de manifiesto la Observación General cuando afirma que en el caso de un menor “desplazado” el principio debe respetarse durante todo el tiempo que dure la situación de desplazamiento y, además, debe documentarse la determinación del interés del menor en la adopción de cualquier decisión que durante todo el proceso se adopte y que pueda tener “repercusiones fundamentales en la vida del menor”<sup>29</sup>.

Por otra parte, en este documento el Comité subraya las condiciones especiales en que debe realizarse la determinación del interés superior del niño que requerirá siempre y previamente permitir el acceso del menor al territorio que permita realizar una evaluación inicial que debe acometerse en “un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género” y que además “exige una evaluación clara y a fondo de la identidad” del menor “y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Estos principios se recogen asimismo como principios fundamentales de las Convenciones respecto de los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional por parte de la *Observación conjunta núm 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* y *núm 22 (2017) del Comité de los Derechos del niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional*, UN Doc. CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, de 16 de noviembre de 2017.

<sup>28</sup> “El interés superior del menor es un principio de Derecho internacional que se encuentra reconocido por las normas internacionales, de la Unión Europea y por las normas de origen estatal pertenecientes tanto al ámbito civil, como al ámbito penal”; VINAIXA MIQUEL, M., “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, op. cit., p. 575.

<sup>29</sup> UN Doc. CRC/GC/2005/6, Par. 19.

<sup>30</sup> *Ibid.* Par. 20.

Otra de las consecuencias de la aplicación del interés superior del menor en estos casos es el nombramiento de un tutor a la mayor brevedad posible en tanto que garantía procesal en el marco de los procedimientos administrativos o judiciales que el menor deba seguir. En este sentido, establece la observación general que en el caso de solicitud de asilo por el menor no acompañado, además de la asignación de un tutor, se nombrará un representante legal<sup>31</sup>.

Finalmente, entiende el CRC que en el caso en que las autoridades del Estado en que se encuentra hayan decidido el internamiento del MENA en un establecimiento "para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental", de la aplicación del interés superior del menor se deriva "el derecho del menor a "un examen periódico" del tratamiento "y de todas las demás circunstancias propias de su internamiento" (artículo 25 de la Convención)"<sup>32</sup>.

Por otra parte, se establece que el fin último de abordar la situación de los menores no acompañados es identificar una "solución duradera" que cubra todas las necesidades de protección, tenga en cuenta la opinión del menor y conduzca a resolver su situación minimizando el hecho de estar separado de sus padres o cuidadores. La solución duradera puede consistir bien en la reagrupación a su ámbito familiar, sea en el país de destino, de origen o en un tercer Estado, la entrega a los servicios sociales de su país de origen, o la protección e integración en el Estado en el que se encuentra o en un tercer Estado, o la adopción internacional.

Para algunos autores es posible afirmar que, con base en la observación general, existe un vínculo estrecho entre el interés del menor y una solución duradera para ese menor, mientras que, para otros autores, lo cierto es que el Comité no establece en ningún caso que el interés del menor siempre se identifique con una solución duradera<sup>33</sup>. Lo que si se establece de forma indubitada en la observación general es que, para la determinación de una solución duradera, debe, en cualquier caso, primar la consideración del interés superior del menor, lo que exige el análisis de

---

<sup>31</sup> *Ibid.* Par. 21.

<sup>32</sup> *Ibid.*, Par. 22.

<sup>33</sup> DÍAZ MORRÁS, F. J.: "Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección", op. cit., p. 99; SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., *El tratamiento de los menores no acompañados separados en España. Un estudio comparado de seis países*, Tesis doctoral, Universidad de Comillas, 2010, p. 29.

las circunstancias individuales del menor<sup>34</sup>. Asimismo, de acuerdo con el CRC el examen del interés superior del menor consiste en evaluar y equilibrar todos los elementos necesarios para adoptar una decisión en una situación concreta para un niño específico<sup>35</sup>. Asimismo, independientemente de la “solución duradera” por la que se opte, lo que sí considera como un “ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera” y debe gozar de prioridad es la localización de la familia del MENA, “salvo cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se tratan de localizar”<sup>36</sup>.

#### **4. MENAY DERECHOS HUMANOS EN EL ESPACIO EUROPEO: ¿HACIA UN SISTEMA COMÚN DE PROTECCIÓN?**

Partiendo de la base de que “la situación en la que quedan los menores extranjeros cuando son detenidos a causa de la irregularidad administrativa de su estancia o residencia” ha constituido una preocupación constante desde la primera década del presente Siglo<sup>37</sup> tanto para la UE como para el Consejo de Europa lo que se evidencia en las diferentes iniciativas y acciones que se han ido produciendo para garantizar los derechos de este grupo especialmente vulnerable, parece necesario mostrar la foto de situación actual, objetivo que nos hemos marcado en las siguientes páginas evidenciándose el protagonismo claro del TEDH y del TJUE en este escenario.

##### **4.1. *El impulso decidido del TEDH para garantizar los derechos de los MENA***

Es evidente que la labor en defensa de los derechos de los menores no acompañados realizada por el TEDH, desde una perspectiva jurídica, reviste una gran importancia ya que, por una parte, las sentencias dictadas

---

<sup>34</sup> FRA: *Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations*, Austria, 2019, p. 8.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>36</sup> UN Doc. CRC/GC/2005/6, Par. 79.

<sup>37</sup> LÓPEZ ULLA, J. M., “La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, op. cit., p. 1063.

son de obligado cumplimiento para los Estados Parte en el CEDH y, por otra, la jurisprudencia generada por el Tribunal determina la interpretación de esos derechos tanto por parte de las instituciones europeas<sup>38</sup>, como por parte de los Estados Miembros<sup>39</sup>. Sin embargo, la labor del CdE en defensa de los derechos de los MENA no se reduce a la dispensada por el alto Tribunal como lo evidencia la adopción de algunos instrumentos que, si bien en su mayoría son instrumentos de *soft law*, y por tanto sin efectos jurídicamente vinculantes, lo cierto es que han tenido y tienen su influencia en el desarrollo normativo, tanto de la Unión Europea, como de los Estados miembros. Es el caso de algunas recomendaciones y resoluciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria<sup>40</sup> y cuyo breve análisis se acomete a continuación.

La *Resolución 1810 (2011), de 15 de abril de 2011, "Menores Migrantes indocumentados en situación irregular: Un motivo real de preocupación"* destaca la necesidad de respeto de los derechos de los menores de edad migrantes, subrayando la primacía del interés superior del menor, la prohibición de devolución, el acceso a los procedimientos de asilo, la prohibición de retención de los menores migrantes así como la necesidad de encontrar soluciones duraderas y la primacía de la reunificación. Por su parte, la *Resolución 1985 (2011), de 7 de octubre de 2011, "la prolongada llegada de migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugio a las orillas de Europa del Sur"* señala la necesidad de establecer y reforzar los instrumentos para la protección efectiva de los derechos enunciados por la resolución anterior y propone la elaboración de un documento base o una guía de buenas prácticas en materia de condiciones de detención de

---

<sup>38</sup> Y es que, a pesar de que la UE no es parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cierto es que el vínculo entre ambas organizaciones en materia de derechos humanos es una constante desde que se introdujese a través del Tratado de Maastricht en 1992. Desde ese momento, la jurisprudencia del TEDH se convierte en base interpretativa de los derechos humanos en la Unión Europea. Por ello, cualquier análisis que en materia de derechos humanos pretenda hacerse en el marco de la UE exige una referencia expresa a la labor del TEDH.

<sup>39</sup> En el caso de España, el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 establece que: "las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España".

<sup>40</sup> Entre estas cabe destacar: como las recomendaciones 1596 (2003), 1703 (2005) y 1969 (2022) y las resoluciones 1810 (2011) y 1985 (2011)

menores, cuestión que ya había sido apuntada en la *Recomendación 1969 (2011), de 15 de abril de 2011, "Menores no acompañados en Europa: Problemas relativos a la llegada estancia y retorno"*<sup>41</sup>. Por su parte, a través de la *Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para menores solicitantes de asilo* y la *Recomendación 1596 (2003) sobre la situación de los jóvenes migrantes en Europa*, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se refiere a los menores no acompañados solicitantes de asilo, pide a los Estados que adopten una regulación adecuada que, en cualquier caso y en la línea con la Observación General n. 6 del Comité de Derechos del Niño, garantice el nombramiento de un representante legal y la audiencia del menor, así como la necesidad de conocer los motivos especiales de persecución de menores que puedan dar lugar a su reconocimiento como refugiados<sup>42</sup>.

En definitiva, a la luz de estos documentos se constata la preocupación, al menos en perspectiva política, del Consejo de Europa por la situación de los MENA; pero, ¿qué puede decirse respecto de los instrumentos jurídico-vinculantes? ¿Se han adoptado normas específicas encaminadas a la protección de estos menores? ¿Es posible garantizar sus derechos al amparo de alguno de los instrumentos existentes?

La primera constatación que debe hacerse es que no existe un instrumento específico que persiga la garantía de los derechos de los MENA, lo que nos lleva a intentar buscar el régimen de protección en el marco general del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La siguiente constatación tras la lectura del articulado del tratado es que éste no contiene ninguna disposición concreta en materia de protección del asilo, del refugio o de los derechos de las personas que migran por cualquier razón. No obstante, a pesar de tal "ausencia" de preceptos concretos, no puede afirmarse que el CEDH no confiera garantía alguna respecto de los inmigrantes, sean o no solicitantes de asilo, si no todo lo contrario pues "la interpretación que de sus disposiciones han hecho sus órganos de garantía [...] ha ido configurando unas áreas de protección en cuyo ámbito de aplicación entran claramente los refugiados y los demandantes de asilo que, al beneficiarse de los derechos del Convenio en determinadas

---

<sup>41</sup> Sobre este punto nos remitimos a SERRANO CABALLERO, E., "Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea", op. cit.

<sup>42</sup> AAVV.: *Niñez y adolescencia. III Informe sobre Derechos Humanos*, Federación Iberoamericana de Omdusman, Madrid, 2005, p. 95.

circunstancias de extrema vulnerabilidad, han encontrado en éste un entorno normativo de protección privilegiada”<sup>43</sup>.

En esta línea, por lo que se refiere a los solicitantes de asilo en general, el TEDH ha aplicado el artículo 3 de forma reiterada a estos teniendo en cuenta, por una parte “la gravedad del riesgo de sufrir los tratos prohibidos y la severidad misma de esos tratos” en lugar del que se huye y, por otra parte, examinando la situación personal concreta de la víctima en dicha valoración. Esto significa que, “el TEDH tiene en cuenta, [...], la vulnerabilidad de la persona que podría ser sometida a tratos contrarios al artículo 3, que puede derivarse de sus circunstancias personales, de su edad, de su sexo, estado de salud y, también de su condición de demandante de asilo”<sup>44</sup>.

Pero es que lo mismo podría decirse respecto de los menores no acompañados: el CEDH no recoge de forma expresa y específica una protección de sus derechos, pero la protección a este grupo se deriva, entre otros, además del artículo 3 (prohibición de la tortura y otros tratos y penas inhumanos, crueles y degradantes), de artículos como el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) o el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) tal y como se deriva de la abundante jurisprudencia del TEDH<sup>45</sup>. Entre los numerosos asuntos relacionados con menores no acompañados que han sido resueltos por el TEDH merecen una especial atención los asuntos *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* (2006), que ha sido considerada como un referente en la protección de los derechos de los menores no acompañados, o el caso *Caso Rahimi c. Grecia* (2011), “donde por primera vez se declara que se viola el artículo 3 del CEDH cuando se deja en desamparo al menor una vez que, dictada la orden de expulsión, sale del centro de internamiento”<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> MORGAGES GIL, S.: “La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 802.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 813.

<sup>45</sup> SERRANO CABALLERO, E., “Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea”, *op. cit.*

<sup>46</sup> LÓPEZ ULLA, J. M., “La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados”, *op. cit.*, p. 1064.



#### 4.1.1. El Caso Tabhita y el reconocimiento de la vulnerabilidad de los MENA

En el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica (2006)*<sup>47</sup>, o Caso Tabhita, el TEDH realiza afirmaciones que serán de enorme trascendencia e incidirán en la garantía de los derechos de los MENA.

El presente asunto trae causa de la detención en Bélgica de Tabhita Kaniki, menor de 5 años, cuando viajaba con su tío desde la República Democrática del Congo a Canadá, país en el que se encontraba su madre a la espera de la resolución de su solicitud de asilo tras haber sido reconocido su estatuto de refugiada en aquel país. La detención de Tabhita se produce en el aeropuerto de Bruselas, siendo la menor en ese momento separada de su tío y enviada a un centro de tránsito en el que permaneció durante dos meses. Transcurrido ese plazo, la menor fue devuelta a su país de origen como consecuencia del rechazo en frontera y se produce la denegación de su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiada por parte de las autoridades belgas. Además, el retorno a su país se realizó sin que nadie acompañase a la menor durante el trayecto y tampoco se organizó que nadie procediese a recogerla en destino.

Finalmente, el TEDH condena a Bélgica, siendo elementos determinantes para el fallo la minoría de edad de Tabhita y su condición de extranjera no acompañada, lo que, según el Tribunal, coloca a la "víctima" en una situación de extrema vulnerabilidad. En esta línea, el Alto Tribunal reprocha a las autoridades belgas "una falta de humanidad de tal calibre

---

<sup>47</sup> *Case of Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium (Application no. 13178/03), 12 October 2006.* Para un comentario en profundidad de la sentencia nos remitimos a GROVER, S. C., *Child Refugee Asylum as a Basic Human Right: Selected Case Law on State Resistance*, Springer, 2018, pp. 42-49; LÓPEZ ULLA, J. M.: "Detención de Menores no Acompañados en Europa: La necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos", en *Revista Interdiscipl. Mobil. Hum.*, n. 42, jan./jun. 2014, pp. 63-80; SANJURJO RIVO, V.: "La protección del desamparo de una menor inmigrante no acompañada y su familia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El Caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 491-507; SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: "Comentario sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 13, 2006, pp.187-199.

que alcanza la consideración de trato inhumano"<sup>48</sup>, siendo, por tanto, contrario al artículo 3 del CEDH. Además, otro elemento interesante de esta sentencia es que, como consecuencia de la situación de la menor tras ser detenida, el TEDH también entendió que se había actuado con tal falta de humanidad contra la madre, haciéndola pasar por un indescriptible sufrimiento que superaba el umbral necesario para entender vulnerado el artículo 3 del CEDH en el caso de la madre<sup>49</sup>.

#### 4.1.2. El caso Rahimi y la obligación de los Estados de hacerse cargo de los MENA

El caso *Rahimi c. Grecia* (2011)<sup>50</sup> trae causa de la demanda presentada por M. Eivas Rahimi, menor no acompañado afgano de 15 años que llega a la isla de Lesbos el 19 de julio de 2007 y contra el que se dicta una orden de expulsión. El menor está detenido hasta el 21 de julio de ese año y, posteriormente es puesto en libertad para que retorne a su país en el plazo de treinta días. Una vez puesto en libertad, las autoridades no se hacen cargo de él, ni se le nombra un tutor. Tras el análisis de los hechos, así como de las alegaciones de las partes y los informes presentados por diferentes organizaciones sobre la situación concreta del Sr. Rahimi, así como de la situación general de los menores y solicitantes de asilo en la isla de Lesbos, el Tribunal estima existencia de violación del artículo 3, no sólo por las condiciones de detención en las que se mantiene al menor no acompañado hasta su liberación, si no que "las omisiones de las autoridades de tomar a su cargo, en tanto que menor no acompañado, desde su puesta en libertad, equivale a un trato degradante"<sup>51</sup>. Por tanto, resulta

---

<sup>48</sup> LÓPEZ ULLA, J. M.: "Detención de Menores no Acompañados en Europa: La necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos", en *Revista Interdiscipl. Mobil. Hum.*, n. 42, jan./jun. 2014, p. 70; MORGADES GIL, S.: "La protección de los demandantes de asilo por razón de su vulnerabilidad especial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", op cit., p. 830.

<sup>49</sup> Vid. LÓPEZ ULLA, J. M.: "Detención de Menores no Acompañados en Europa: La necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos", op. cit., p. 71.

<sup>50</sup> *Affaire Rahimi c. Grèce (Requête n° 8687/08)*, 5 de avril 2011. Para un análisis de esta sentencia puede consultarse, entre otros: LÓPEZ ULLA, J. M.: "Detención de Menores no Acompañados en Europa: La necesidad de garantizar efectivamente los derechos ya reconocidos", op. cit.

<sup>51</sup> *Ibid.* § 95; vid. LÓPEZ ULLA, J. M., "La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados", op. cit., p. 1064.

muy interesante como de esta sentencia se deriva la obligación de los Estados de destino de hacerse cargo de los menores no acompañados en tanto que se adopta la solución definitiva, que, en cualquier caso, debería basarse siempre en el interés superior del menor.

#### **4.2. El camino recorrido por la UE hacia la protección de los MENA**

Es evidente que para la Unión Europea la necesidad de arbitrar medidas homogéneas de protección de los derechos de los MENA en los países de la Unión constituye una necesidad política prioritaria<sup>52</sup> y así lo demuestra la adopción de numerosos documentos por parte de las instituciones europeas que incluyen tanto iniciativas políticas de diversa naturaleza y diferente calado, como iniciativas legislativas o pronunciamientos judiciales.

##### **4.2.1. El avance en perspectiva política**

El primer documento que se centra de forma especializada en los menores no acompañados es *la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países* ((97/C221/03), que trata de establecer una serie de directrices de comportamiento tras constatar la situación de vulnerabilidad de estos menores de la que deriva la necesidad de protección y cuidados especiales y la necesidad de armonizar la normativa de los Estados miembros. Adoptadas las líneas comunes de actuación, la resolución incide en la importancia de que los Estados se esfuercen en su incorporación en los derechos internos<sup>53</sup>.

Hay que esperar casi diez años para encontrar la siguiente iniciativa en esta materia. En 2010, basándose en la Observación General n. 6 de Naciones Unidas analizada anteriormente, la Comisión adopta una comunicación en la que intenta definir *la estrategia de la Unión Europea sobre los*

---

<sup>52</sup> Ibid., p. 1065.

<sup>53</sup> DÍAZ MORRÁS, F. J.: "Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección", op. cit., p. 100; LÓPEZ ULLA, J. M., "La necesidad de un Protocolo común en Europa sobre la detención de menores extranjeros no acompañados", op. cit., p. 1065.

*derechos de la infancia*<sup>54</sup>, y en la que hace hincapié en la necesidad de una estrategia comunitaria global para hacer frente a la protección efectiva de los derechos de los menores, no sólo respecto de los MENA.

Posteriormente, el Consejo, en su *Programa de Estocolmo*<sup>55</sup>, se ocupó de este grupo en el contexto de la migración como amenaza a la seguridad, señalando, en concreto, la necesidad de dar una respuesta global al problema a nivel comunitario y reclamando la atención para los MENA en el contexto de la política de inmigración de la UE. En este sentido, partiendo de la consideración de los MENA como un grupo particularmente vulnerable que necesita de una atención especial y respuestas específicas, introdujo un apartado concreto en el que se hace referencia a la necesidad de intercambio de información y mejores prácticas entre los Estados; asimismo, el documento subrayó la necesidad de una especial atención en el caso de los MENA víctimas de la trata de seres humanos<sup>56</sup>. En definitiva, el Programa de Estocolmo, partiendo de un enfoque multidimensional, entendía que la solución al problema no podía circunscribirse al retorno y a la reagrupación, si no que resultaba necesaria una reflexión profunda que permitiese adoptar medidas y soluciones más adecuadas a tenor de la propia idiosincrasia de este grupo especialmente vulnerable.

Como resultado del mandato del Consejo contenido en el Programa de Estocolmo, la Comisión aprobó el *Plan de acción sobre menores no acompañados (2010-2014)*<sup>57</sup>, de 6 de mayo de 2010, que podría ser considerado como el “primer paso por parte de la UE para establecer una estrategia global” en el tratamiento de los menores no acompañados, así como el último ya que, a día de hoy no se ha adoptado ningún otro documento posterior<sup>58</sup>. Partiendo de la consideración de los MENA como las víctimas más vulnerables de los flujos migratorios, el Plan de Acción

---

<sup>54</sup> *Comunicación de la Comisión, hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia, de 4 de julio de 2006 (COM(2006) 367 Final).*

<sup>55</sup> *Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C115/01).*

<sup>56</sup> SERRANO CABALLERO, E., “Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea”, op. cit..

<sup>57</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 6 de mayo de 2010 (COM (2010) 213 final).*

<sup>58</sup> Un año después la Comisión Europea aprobó *Una Agenda Europea en pro de los derechos del niño [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, Una Agenda de la UE en Pro de los derechos del Niño, ce 15 de febrero de 2011 (COM (2011) 60 final)]*, en la que, a pesar de no ser específica para los MENAS hace referencia a la necesaria

se basaba en el respeto de los derechos de los niños, tal y como derivan de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y de la Convención de los Derechos del Niño, así como en la protección del interés superior del menor como principio rector de cualquier solución a adoptar. El objetivo que se había marcado la Comunicación era “armonizar y buscar soluciones duraderas para los MENA, basadas en la recepción, la protección, la integración de los menores, así como la cooperación con terceros países en materia de retorno, reintegración y prevención de la inmigración infantil”<sup>59</sup>. Por otro lado, en el documento, tras enumerar las directrices para la acogida de los menores, se pone énfasis en la importancia de tutela y representación legal de estos y se subraya que, en cualquier decisión que se tome por parte del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el menor se debe tener en consideración el interés superior del menor. Por otra parte, del documento se infiere la obligación de los Estados miembros de ofrecer a estos menores todas las opciones viables lo que incluye, además del retorno-reagrupación, la protección internacional correspondiente en cada caso o el reasentamiento en la UE. Así, la Comunicación recoge “tres vías de acción principales: 1) prevención, 2) programas regionales de protección y recepción e identificación de soluciones duraderas (retorno, integración, reasentamiento)”<sup>60</sup>.

Tres años después, el Parlamento adoptó una Resolución *sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea*<sup>61</sup> en la que, tras constatar la dispersión normativa respecto de esta cuestión, subrayaba la necesidad de que la “Comisión adopte un manual destinado a los Estados miembros y todos los profesionales donde se recopilen los diferentes fundamentos jurídicos para facilitar su aplicación adecuada por parte de los Estados Miembros y reforzar la protección de los menores no acompañados” (§6). Asimismo, como primera línea estratégica solicitaba a la Comisión “que elabore líneas estratégicas vinculantes para todos los Estados miembros” que adoptasen la forma de “normas mínimas comunes” con el fin de establecer un estándar mínimo

---

mayor protección de los grupos mas vulnerables entre los que se encuentran los no acompañados.

<sup>59</sup> SERRANO CABALLERO, E., “Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea”, op. cit.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Resolución del Parlamento Europeo (PE), de 12 de septiembre de 2013 (2012/2263 (INI)), sobre la situación de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea.*

de protección de este colectivo vulnerable (§11). Finalmente, exigía “a los Estados miembros que, tan pronto como llegue el menor no acompañado a su territorio y hasta que se encuentre una solución duradera, velen por la designación de un guardián o una persona responsable de acompañar, asistir y representar al menor en todos los procedimientos para que el menor pueda beneficiarse de todos sus derechos en todos los procedimientos” (§16).

Como respuesta quizá a la solicitud del PE, en el año 2015, la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA) publicó un estudio sobre los sistemas de “custodia” de los niños privados de cuidado parental en la UE<sup>62</sup>. El documento, partiendo del papel clave que los “custodios/guardianes” juegan en el sistema de protección de los menores que temporal o permanentemente se encuentran privados del cuidado por parte de un adulto familiar suyo que pueda representar sus intereses y tras comprobar la heterogeneidad de sistemas al respecto en los Estados miembros de la UE, subraya la necesidad de establecer tanto una definición uniforme de guardián o representante en los Estados miembros, así como el establecimiento de elementos comunes sobre el papel que éstos deben desempeñar, las competencias que se les deben atribuir y la cualificación que deben poseer<sup>63</sup>. Con la intención de llegar al establecimiento de estos elementos comunes y la compilación de buenas prácticas, la FRA elabora el estudio mencionado. Ciertamente no es un documento que se ocupe de la situación de los MENA de forma específica, pero sí constituye un elemento muy interesante para la protección de sus derechos y la defensa de sus intereses.

Dos años después, en 2017 la Comisión aprobó una nueva *Comunicación relativa a la protección de los menores migrantes*<sup>64</sup>, que, sin ser específica para los MENA, recoge algunas cuestiones que revisten cierto interés. Así, la Comisión señaló que el objetivo de este documento era “proponer una serie de medidas coordinadas y efectivas para dar res-

---

<sup>62</sup> FRA: *Guardianship systems for children deprived of parental care in the European Union. With a particular focus on their role in responding to child trafficking*, 2015.

<sup>63</sup> La ausencia de uniformidad en estos aspectos ya había sido puesta de manifiesto por la *Estrategia Europea para la erradicación del Tráfico de Seres Humanos 2012-2016*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 19.6.2012, COM(2012) 286 final.

<sup>64</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Protección de los menores migrantes*, de 12 de abril de 2017 (COM(2017) 211 final).

puesta a las urgentes carencias en la protección de los menores y a las necesidades a las que estos se enfrentan una vez llegan a Europa, que van desde la identificación, la acogida o la aplicación de garantías procesales hasta la aplicación de soluciones duraderas<sup>65</sup>. Para ello, considera la Comisión que debe seguirse la estela marcada por iniciativas anteriores<sup>66</sup> y partir, en cualquier caso, de que “el principio del interés superior del menor debe constituir siempre la consideración primordial en todas las actuaciones o decisiones relativas a menores”<sup>67</sup>. Con estas bases, el documento se ocupa de la identificación de los menores, recordando la necesidad de que ésta sea rápida a fin de poder procurar la protección que corresponda a ese menor lo antes posible, incidiendo en la mayor vulnerabilidad de los menores no acompañados y la necesidad de una protección adecuada en estos casos. Finalmente, el documento incide nuevamente en la necesidad de adoptar soluciones duraderas.

Finalmente, en 2019 se presenta un informe por la FRA sobre el retorno de los MENA y los derechos humanos<sup>68</sup> que constituye un documento realmente interesante sobre la situación actual en los países miembros.

#### 4.2.2. Las iniciativas en perspectiva normativa

Por lo que se refiere a los instrumentos jurídicamente vinculantes, si bien no existe un documento específico que de forma concreta se ocupe de los derechos de los MENA, lo cierto es que no son pocas las referencias a los derechos de estos menores que, bien de forma directa bien de forma indirecta, se realiza en la normativa europea en materia de derechos humanos, inmigración o asilo.

Así, por lo que a los derechos fundamentales se refiere, el texto más importante es la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>69</sup>, que se ocupa de los derechos del niño en su artículo 24, en el que,

---

<sup>65</sup> Ibid. p. 3.

<sup>66</sup> Ibid. La propia Comunicación señala El Plan de acción en materia de integración (COM(2016) 377 final), la Recomendación de la Comisión en materia de retorno (C(2017) 1600 final) o el Plan de acción en materia de retorno (COM(2017) 200 final).

<sup>67</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Protección de los menores migrantes*, de 12 de abril de 2017 (COM(2017) 211 final), p. 4.

<sup>68</sup> FRA: *Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations*, 2019.

<sup>69</sup> Si bien no era vinculante en origen, se transforma en un texto jurídico vinculante a través del Tratado de Lisboa que le otorga el mismo valor que a los Tratados Consti-

basándose en la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (CRC) establece que “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”. Dicha referencia no es meramente protocolaria ya que, para la aplicación de este artículo y como consecuencia de los artículos 52 y 53 de la propia Carta y del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, implica la obligatoriedad de la interpretación que de los derechos del niño haga el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, así como de la jurisprudencia del TEDH y de los principios generales del Derecho de la Unión.

Por su parte, también el Reglamento de Dublín III<sup>70</sup> incluye garantías que se aplican a todos los menores sujetos al procedimiento de solicitud de protección internacional, sean o no sean menores acompañados, estableciendo la aplicación preferente del interés de menor, tal y como se establece en el artículo 6.1. Asimismo, el Reglamento contiene preceptos específicos para los menores no acompañados que parten de la necesidad de una protección específica de este colectivo como respuesta a su especial vulnerabilidad<sup>71</sup>. En este sentido, conviene destacar las referencias que los artículos 6 y 8 realizan a los menores no acompañados. El primero de los artículos mencionados en su apartado 2 establece la obligatoriedad de garantizar que el menor no acompañado es representado y asistido en todos los procedimientos. Por su parte, el artículo 8 se ocupa de determinar quién será el Estado responsable de tramitar la solicitud de protección internacional en el caso de los menores no acompañados, diferenciando entre diversas posibilidades.

#### 4.2.3. La labor del Tribunal de Justicia de la UE

Finalmente, parece necesario referirse a la jurisprudencia del TJUE, que, esencialmente a través de su acción pretoriana, ha ido perfilando los derechos de los menores no acompañados en el ámbito de la Unión. En

---

tutivos.

<sup>70</sup> *Reglamento (UE) N° 640/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida (texto refundido)*, DOUE L 180/32, 29.6.2013.

<sup>71</sup> *Ibid.* Preámbulo (§ 13).



los asuntos presentados se ha planteado por el juez nacional la necesidad de interpretación tanto del Derecho derivado en materia de migración y asilo, como la Directiva 2013/33/UE, la Directiva 2003/86/UE, la Directiva 2011/95/UE o la Directiva 2008/115/CE, como de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En este sentido, constituyen pronunciamientos de gran interés la sentencia *Haqbin v. Bélgica* de 2018, la sentencia *A y S v. Países Bajos* de 2019 y la sentencia *TQ v. Países Bajos*, de 2021.

### 2.3.1. El Asunto C-550/16, *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/A. S.* (2018)

Lo que en el *Asunto C-550/16, Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/A. S.*, de 12 de abril de 2018, se le pide al Tribunal es "que responda a la cuestión de cuál es la fecha que debe tomarse en consideración para determinar si se puede considerar a un nacional de un tercer país como un menor no acompañado e invocar su derecho a la reagrupación familiar, cuando este entró en el territorio de un Estado miembro siendo menor, solicitó asilo en él, obtuvo esa protección internacional tras haber alcanzado la mayoría de edad y, a continuación, invocó su derecho a la reagrupación familiar como menor no acompañado"<sup>72</sup>.

En este supuesto, se trataba de una menor no acompañada de nacionalidad eritrea que llegó a los Países Bajos y solicitó el asilo siendo menor. Tras haber cumplido la mayoría de edad se le concede un permiso de residencia por cinco años en virtud del derecho de asilo y, es entonces, el 23 de diciembre de 2014, cuando solicita la reagrupación familiar con sus padres y sus hermanos menores. Con fecha de 27 de mayo de 2015, el Secretario de Estado holandés, alegando que la solicitante ya era mayor de edad en el momento de plantear la solicitud de reagrupación familiar, denegó la solicitud.

Por el contrario, los "recurrentes" entendían que el momento que debe determinar la admisión o no de la reagrupación familiar debe ser la llegada al país y la solicitud de asilo.

---

<sup>72</sup> Vid. *Conclusiones del Abogado General, Sr. Yves Bot*, párrafo 24, [http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?docid=196143&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=4312887](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=196143&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=lst&pageIndex=0&cid=4312887).

Tras el análisis de los hechos, así como del objeto y fin de la Directiva 2003/86/UE, el Tribunal de Justicia entiende que a efectos de la posibilidad de solicitud de reagrupación familiar debe calificarse de menor “al nacional de un tercer país o al apátrida que, en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro y de la presentación de su solicitud de asilo en ese Estado, tenía menos de 18 años, pero que durante el procedimiento de asilo, alcanza la mayoría de edad y al que posteriormente se le reconoce el estatuto de refugiado” (§65). A nuestro juicio, esta sentencia abre un nuevo camino a la reagrupación familiar al garantizar que la dilación en la tramitación de las solicitudes de asilo no supondrá un perjuicio para los solicitantes de asilo.

### 2.3.2. El Asunto C-233/18, *Zubair Haqbin/Federal agentschap voor opvang van asielzoekers* (2019)

Por su parte, en el *Asunto C-233/18, Zubair Haqbin/Federal agentschap voor opvang van asielzoekers*, de 12 de noviembre de 2019, lo que se le pide al Tribunal de Justicia es que aclare si en virtud de la Directiva 2013/33 un “Estado miembro puede excluir del disfrute de las condiciones materiales de acogida a un menor no acompañado, por haber cometido una violación grave de la normativa aplicable en el centro de acogida o por haber presentado un comportamiento violento grave”<sup>73</sup>.

En el caso concreto se trata de un nacional afgano que llegó a Bélgica como menor no acompañado, que presentó una solicitud de protección internacional y que fue acogido en un centro. En el centro de acogida se ve envuelto en una reyerta, como consecuencia de la cual el director del centro le excluye del beneficio de la ayuda material del centro durante 15 días. Esta “sanción” tuvo como consecuencia que el menor a pasase varias noches en un parque. Ante esta situación su tutor presentó una demanda por la anulación de la ayuda material, que es denegada y son los sucesivos recursos hasta el Tribunal Superior de lo Laboral de Bruselas lo que origina la presente cuestión prejudicial.

En su fallo, el TJUE precisa, por una parte, que si bien las sanciones recogidas en el artículo 20.4 de la Directiva 2013/33/UE pueden versar sobre

---

<sup>73</sup> Vid. *Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Campos Sánchez-Bordona*, pág. 1, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214788&pageInDex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4320612>.

las condiciones materiales de acogida, éstas deben ser objetivas, imparciales, motivadas y proporcionadas a la situación particular del solicitante y, en todo caso deben preservar un nivel de vida digno. Así, entiende el Tribunal que el artículo 20. 4 y 5 de la Directiva “[...] debe interpretarse a la luz del artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que un Estado miembro no puede establecer, entre las sanciones que pueden imponerse a un solicitante en caso de violación grave de la normativa aplicable a los centros de acogida o de comportamiento violento grave, una sanción consistente en retirar, aunque solo sea temporalmente, el beneficio de las condiciones materiales de acogida [...] relativas al alojamiento, a la alimentación o al vestido, ya que ello tendría como efecto privar al solicitante de la posibilidad de satisfacer sus necesidades más elementales” (§ 57). Asimismo, recuerda el Tribunal que en virtud del artículo 24 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en el caso de un menor no acompañado, tales sanciones deberán adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del menor.

### **2.3.2. El Asunto C-441/19, TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (2021)**

En el *Asunto C-441/19, TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, de 14 de enero de 2021, el Tribunal de Primera Instancia de La Haya plantea una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 4, 21 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de los artículos 5 a), 6.1, 6. 4, 8.1 y 10 de la Directiva 2008/115/CE y el art. 15 de la Directiva 2011/95/UE a fin de determinar si: 1) antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, un Estado miembro debe cerciorarse -y llevar a cabo una investigación al efecto- de que en el país de origen existe y se brinda, cuando menos en principio, una acogida adecuada; 2) no se permite a un Estado miembro establecer distinciones por razón de la edad al autorizar la residencia legal en su territorio si se comprueba que un menor no acompañado no disfruta del estatuto de refugiado o protección subsidiaria; 3) en caso de que el menor no acompañado no cumpla con su obligación de retorno y el Estado no realice ninguna actuación concreta para proceder a su expulsión, debe suspenderse la obligación de retorno y, por lo tanto, autorizarse la residencia legal.

El presente caso se ocupa de la situación de un menor originario de Guinea-Conakry que, encontrándose en el territorio de los Países Bajos

desde una fecha sin determinar, y contando 15 años de edad -el 30 de junio de 2017- presentó una solicitud de permiso de residencia en virtud del derecho de asilo, alegando haber sido víctima de trata de seres humanos y explotación sexual en territorio de los Países Bajos, por lo que sufre graves trastornos psíquicos. En marzo y abril de 2018, el Secretario de Estado dictó dos resoluciones en las que, tras denegar el permiso de residencia a TQ le imponía la obligación de salir del país. Comienza entonces un vía-crucis de recursos administrativos hasta el Tribunal de Primera Instancia de La Haya que es quien plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE.

En su sentencia, el Tribunal establece que “cuando un Estado miembro pretenda dictar una decisión de retorno contra un menor no acompañado [...] debe tener necesariamente en cuenta, en todas las fases del procedimiento, el interés superior del niño” (§ 44). En este sentido, y acogiendo las conclusiones del Abogado General, el Tribunal entiende que la determinación del “interés superior del menor requiere la realización de una “apreciación general y exhaustiva de la situación del menor no acompañado” (§46). Asimismo, entiende el TJUE que, en la decisión de retorno en el caso de menores no acompañados, el Estado a de tener en cuenta varios factores, entre los que señala “la edad, el sexo, la especial vulnerabilidad, el estado de salud física y mental, la estancia en una familia de acogida, el nivel de escolarización y el entorno social de dicho menor” (§47).

Asimismo, entiende el TJUE que el menor “aunque haya sido objeto de una decisión de retorno, no podría ser expulsado en caso de inexistencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno” ya que, tal situación sería de todo punto contraria al interés superior del menor (§ 54).

En definitiva, la presente sentencia establece las bases de la actuación de los Estados en cuanto al retorno de los MENAS, así como pone en tela de juicio el *Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*<sup>74</sup> presentado por la Comisión en Septiembre de 2020 en la que se establecen, en palabras del Vicepresidente Schinas, “retornos esponsorizados”, el refuerzo de las fronteras a través de los “standing corps” y el examen de las solicitudes de asilo en cinco días en el lugar de interceptación, devolviéndose de for-

---

<sup>74</sup> *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, COM(2020) 609 final, 23.9.2020.

ma inmediata en caso de ser desestimada la solicitud en base a acuerdos firmados con los países de origen<sup>75</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Parece adecuado comenzar estas conclusiones con las palabras del profesor Sánchez Legido que expresan perfectamente la idea que subyace en el estudio que aquí se presenta “más allá de la grandilocuente retórica que subyace a los grandes pronunciamientos políticos que han vertebrado el desarrollo de la acción europea en el ámbito de la inmigración y el asilo, la metáfora de la Europa Fortaleza refleja con toda su crudeza la realidad de unas políticas que ha hecho del control de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular el elemento medular de la acción europea en este ámbito”<sup>76</sup>. En esencia, la securitización que ha sufrido la política de migración en la Unión Europea ha tenido consecuencias nefastas en materia de garantía de los derechos de los migrantes, especialmente de los grupos más vulnerables entre los que ocupa un puesto destacado el de los menores extranjeros no acompañados.

Como se ha señalado en las páginas precedentes, la vulnerabilidad que puede predicarse de este grupo sería razón más que suficiente para el establecimiento de un régimen de protección específico, que, inspirado en el principio de protección del interés superior del menor, estableciese un sistema uniforme que implique “un régimen de extranjería más favorable que el aplicable a los extranjeros mayores de edad que se encuentran”<sup>77</sup> en el territorio de un Estado Miembro de la UE. Sin embargo, a día de hoy no se ha adoptado por parte de la UE ninguna normativa específica que se ocupe de forma integral de los MENA y de sus derechos. Este hecho no puede más que recibir un juicio negativo pues, si bien existen preceptos tanto en la normativa de la UE, como en la de los Estados miembros que tienen en cuenta la vulnerabilidad de este grupo, lo cierto es que las de-

---

<sup>75</sup> Pérez, C., “Margaritis Schinas: “Hay que lograr un férreo control de las fronteras europeas, como EEUU”, *El País*, 4 de enero de 2021, <https://elpais.com/internacional/2021-01-03/hay-que-lograr-un-ferreo-control-de-las-fronteras-europeas-como-ee-uu.html> (última consulta 15 de noviembre de 2021).

<sup>76</sup> SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Externalización de controles migratorios versus derechos humanos”, en *REEI*, 37, 2019, p. 2.

<sup>77</sup> VINAIXA MIQUEL, M., “La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados”, *op. cit.*, p. 575.

nuncias por vulneración de los derechos de los menores no acompañados son constantes tal y como ponen de manifiesto los informes elaborados por diferentes organismos, o las demandas presentadas ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Sin embargo, no podemos concluir con una perspectiva totalmente negativa. Si bien es cierto que la actividad política y la legislativa que se ha analizado en este estudio muestran la ausencia de voluntad de los EEMM en abordar de forma integral y concreta el tema, los tribunales europeos están cumpliendo su función de garantes de los derechos de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados europeos. Así, merece una valoración muy positiva la labor realizada tanto por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que, a través de su jurisprudencia, va logrando mejorar las condiciones en las que los menores no acompañados se encuentran una vez que llegan a territorio europeo. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de ambos tribunales podemos concluir que son dos los principios esenciales que han de guiar cualquier decisión tomada por las autoridades nacionales o europeas: 1) la extrema vulnerabilidad de los MENA es un factor decisivo que debe primar sobre cualquier consideración relativa a la condición irregular de la entrada en el territorio de la Unión<sup>78</sup>, 2) el interés superior del menor ha de presidir cualquier decisión que se adopte respecto de un menor, lo que incluye las decisiones adoptadas respecto de los MENA.

---

<sup>78</sup> Vid. *Case Abdukkahi Elmi y Aweys Abubakar v. Malta* (Application nos. 25794/13 & 28151/13), 22 November 2016, par. 103.