

MONOGRAFÍA DE TEMAS LABORALES

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN
EUROPEA. TREINTA AÑOS EN LA UNIÓN

XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2017

© Los autores, 2016

ISBN: 978-84-697-52524

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE-1548-2017

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. TREINTA AÑOS EN LA UNIÓN

XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
COORDINADOR

59



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÍNDICE

PREÁMBULO	9
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
 ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXV JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES	17
PRIMERA PONENCIA	
LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES; RETROSPECTIVA Y EVOLUCIONES EN EL CONTEXTO EUROPEO ACTUAL.....	21
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONENCIA	
LA COORDINACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE COLOCACIÓN DE DESEMPLEADOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN EURES Y SU REVISIÓN POR PARTE DEL REGLAMENTO EUROPEO 2016/589	67
FRANCISCO VIGO SERRALVO	
LA CONDICIÓN DE NACIONALIDAD EN EL ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS: ALCANCE ACTUAL DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 45.4 TFUE.....	79
SARA GUINDO MORALES	
LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA RETRIBUCIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EX ART. 45.2 DEL TFUE.....	91
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA	
LIBRE CIRCULACIÓN, BREXIT Y TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA	107
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	
LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS COMO GARANTÍA DE EFECTIVIDAD DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES	117
POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO	
DIFICULTADES Y RETOS DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO EUROPEO ACTUAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	129
JOSÉ LUIS RUIZ SANTAMARÍA	

DELIMITACIÓN DE LA FIGURA DEL TRABAJADOR FRONTERIZO Y SU EVOLUCIÓN CONCEPTUAL EN EL PANORAMA DE LA UE.....	141
ALEJANDRO ZALVIDE BASSADONE	

SEGUNDA PONENCIA

LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y PROTECCIÓN SOCIAL.....	155
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	

COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA

LIBRE CIRCULACIÓN, DERECHO DE RESIDENCIA Y ACCESO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.....	219
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	

LA BÚSQUEDA DE EMPLEO POR LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y SU PROTECCIÓN SOCIAL.....	233
ESTHER GUERRERO VIZUETE	

LAPROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS JUBILADOS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	247
LUCÍA ARAGÜEZ VALENZUELA	

MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL.....	257
FUENCISLA RUBIO VELASCO	

TERCERA PONENCIA

INMIGRACIÓN ECONÓMICA EXTRA-UE: ALGUNOS ASPECTOS CLAVES DE LA POLÍTICA DE GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS EN LA UNIÓN.....	271
M ^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ	

COMUNICACIONES A LA TERCERA PONENCIA

LA ORDENACIÓN COMUNITARIA DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS: ENTRE LA SELECCIÓN DE MANO DE OBRA Y LA PROTECCIÓN DEL MERCADO LABORAL.....	231
LUIS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ	

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE Y LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA.....	249
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	

DERECHOS HUMANOS Y ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO.....	361
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ	

incorporado por la propia Directiva en su art. 4.3 ha de ceder como consecuencia de que la imposición de una multa no es compatible con dicha Directiva.

El TJUE ha dado una interpretación de la Directiva que impide la aplicación del régimen sancionador previsto por nuestro derecho interno. Esto es una consecuencia de la mala transposición operada por la LO 2/09. Ello genera un importante problema práctico toda vez que este TJUE ha afirmado que «una autoridad nacional no puede ampararse, frente a un particular, en una disposición de una directiva respecto a la cual aún no se ha producido la necesaria adaptación del Derecho nacional» o, diríamos nosotros, se ha producido una deficiente transposición. Es decir, «ni la administración española ni los jueces nacionales pueden dar cumplimiento a la obligación incondicional de expulsión que le impone la Directiva, inaplicando un régimen sancionador como el español que prevé la opción entre expulsión o multa»⁷³¹.

Por último, cabe afirmar que el Derecho Comunitario, conforme a la interpretación dada por su Tribunal de Justicia, convierte a las personas inmigrantes en situación irregular en enemigos de su política de control de los flujos migratorios. Ese objetivo no debe detenerse en consideraciones relativas a la protección de los derechos de dichas personas más allá de los supuestos específicamente previstos como especialmente necesitados de apoyo. Este posicionamiento contrasta con la consideración con la que se trata a otros de los actores fundamentales en el escenario de la inmigración irregular, esto es, a aquellos que reciben el trabajo de estas personas de quienes tan expeditivamente nuestro TJUE quiere deshacerse.

Nos referimos a la generosa graduación de sanciones implementadas por la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. En el art. 5 de esta Directiva se enumeran las sanciones económicas a adoptar por los Estados miembros en el caso de que los empresarios incurran en alguna de las conductas descritas por el art. 3 de la misma. Pues bien, el apartado tercero de este precepto autoriza a los Estados miembros a prever una reducción de las sanciones económicas cuando el empleador sea una persona física que emplea a un nacional de un tercer país en situación irregular en el ámbito particular y no se dan condiciones de trabajo especialmente abusivas. Es decir, se procura un trato profundamente desigual para ambas partes de la relación de trabajo irregular. Respecto del trabajador sólo cabe la sanción más grave y respecto del empresario, auténtico causante del efecto llamada, se ha de ponderar la sanción económica con sólo constatarse que no concurren circunstancias de abuso adicional al que, en sí mismo, supone trabajar clandestinamente.

⁷³¹ GONZÁLEZ SAQUERO, P., «La regulación de la expulsión administrativa», *cit.*, p. 6.

DERECHOS HUMANOS Y ESTATUTO JURÍDICO DEL MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

José Sánchez Pérez
Prof. Ayudante Doctor. Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Granada

Sumario

1. La proyección de los derechos humanos sobre el estatuto jurídico del menor no acompañado.
 - 1.1 Caracterización jurídica de la condición de menor no acompañado
 - 1.2 El dilema: entre la repatriación y la acogida
 - 1.3 La concesión de la residencia del menor no acompañado
 - 1.4 El acceso del menor a la mayoría de edad
 - 1.5 Derechos Humanos y compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea en relación con las obligaciones que impone el derecho internacional de derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados
2. Iniciativas de la Unión Europea frente a la situación de la inmigración de menores no acompañados
3. Conclusiones

1. La proyección de los derechos humanos sobre el estatuto jurídico del menor no acompañado.

El nuevo escenario global que se ha configurado como consecuencia del BREXIT y del acceso a la Casa Blanca de DONALD TRUMP parece describir un movimiento sísmico que ha hecho temblar los cimientos sobre los que se sustenta el equilibrio internacional y especialmente los derechos que afectan a los trabajadores inmigrantes.

Estos dos hechos particularmente llamativos se han revelado con sorpresa tanto para los actores económicos y políticos, como para gran parte de la opinión pública. También ha sorprendido a una mayoría de analistas que fracasaron en su interpretación y diagnosis, a los encuestadores que no supieron medir la capacidad de convicción populista que albergaban las propuestas finalmente vencedoras. Los mercados internacionales tampoco han permanecido ajenos abriéndose un período de incertidumbre relativo al futuro de la economía mundial.

Mientras tanto, en lo que atañe a nuestra realidad más cercana: la Unión Europea, o lo que quedará de la Unión Europea tras la deserción o deserciones que se anuncian, se avanza correcciones políticas y jurídicas contrarias a la normativa favorecedora de la globalización, penalizando el estatuto jurídico de los inmigrantes y, particularmente en lo que afecta a la materia objeto de análisis de este trabajo, a un colectivo tan frágil y necesitado de tutela jurídica como es el integrado por los menores no acompañados.

1.1. Caracterización jurídica de la condición de menor no acompañado

Con carácter previo a la descripción de la forma en que se proyectan los derechos humanos sobre el estatuto jurídico del menor no acompañado procede precisar a quien nos referimos cuando hablamos de esta figura. Esta situación describe al extranjero que aún no ha cumplido la mayoría de edad (18 años) cuando accede al territorio español sin estar acompañado por un adulto que haya asumido la responsabilidad de su cuidado, ya sea en forma legal o bien conforme a la costumbre, apreciándose en tal caso un riesgo de desprotección del menor en tanto carezca de la protección adecuada por parte de un adulto⁷³².

La situación en que se encuentra el menor no acompañado demuestra una especial vulnerabilidad, en primer término por su carácter foráneo y a continuación, y especialmente, por su minoría de edad⁷³³.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, viene a configurar un elenco de derechos fundamentales del niño, fijando una relación de medidas dirigidas a la protección del menor, las cuales procede adoptar

⁷³² LÓPEZ AZCONA, A., “El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en derecho español”, Revista de derecho migratorio y extranjería, págs. 103 a 134.

⁷³³ ADAM MUÑOZ, M^º D., Revista de derecho migratorio y extranjería, núm. 20, 2009, págs. 11 a 45.

de forma independiente de su nacionalidad. De esta forma, el mero hecho de la presencia del menor en territorio español va a resultar suficiente para activar el dispositivo protector que incorpora la ley.

En la situación descrita cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localizan a un menor no acompañado cuya edad no pueda determinarse con seguridad a través de la documentación que posea o de su apariencia física, el mismo debe ser entregado a los servicios de protección de menores competente, al objeto de que reciba de inmediato la atención que precise. Paralelamente debe comunicarse al Ministerio Fiscal el hecho aludido que dispondrá a la mayor brevedad posible la determinación de la edad del presunto menor a cuyo efecto se requerirá la colaboración de las autoridades sanitarias correspondientes. Éstas, con carácter prioritario y urgente, llevarán a cabo las pruebas médicas pertinentes al fin pretendido (ortopantomografía, pruebas radiológicas de la mano izquierda, etc). A continuación, el servicio competente de protección del menor ha de informar a éste, en modo fehaciente y a través de un idioma que le permita acceder a toda la información relevante para su derecho y acceder al conocimiento de los contenidos fundamentales en que se concretan los derechos vinculados a la protección internacional que les ampara. También se les ha de trasladar la información pertinente a los efectos de que conozcan adecuadamente el procedimiento previsto para su solicitud.

Una vez que se ha procedido a la determinación de la edad del menor extranjero no acompañado, los organismos públicos competentes, a tenor del régimen tutelar que contempla el art. 35 LOEx, cumplimentarán las medidas pertinentes de asistencia, permanencia en España o bien la repatriación a su país de origen. De no ser factible el retorno, una vez que hubieran transcurrido nueve meses desde su puesta a disposición de los servicios competentes, el menor tendrá acceso a una autorización de residencia que puede ir acompañada de una autorización para trabajar, tal y como dispone el art. 40.1.i LOEx y 196 y ss. REEx. Ha de tenerse en cuenta que los menores tutelados por un servicio de protección pueden desempeñar actividades de carácter laboral sin necesidad de previa autorización siempre que, a juicio de la entidad que resulte competente, puedan favorecer su integración social (art. 117.j REEx)⁷³⁴.

1.2. El dilema: entre la repatriación y la acogida

La respuesta institucional que se ofrece a los menores no acompañados muestra una doble opción: bien la repatriación o bien la estancia en centros de acogida. Sin embargo, la alternativa no se plantea para que el menor pueda mostrar su preferencia, ya que la solución que se baraja contempla en primer lugar la repatriación del menor. Sólo cuando ello no es posible, por cuestiones de índole legal o, con frecuencia por la imposibilidad de localizar a los responsables del

⁷³⁴ AGUELO NAVARRO, P., “Un enfoque jurídico sobre los menores extranjeros”, AA.VV. Infancia, juventud y migraciones: una mirada para la cooperación internacional, 2011, págs. 41 a 80.

menor, se plantea su internamiento en centros de acogida situación que exige la preceptiva orden de acogimiento residencial⁷³⁵.

Barajando esta secuencia preferencial la Delegación y Subdelegación del Gobierno competente llevará a cabo los trámites relativos a la repatriación del menor no acompañado, entre los que se encuentran las actuaciones informativas previas comprendiendo el procedimiento las fases de incoación, tramitación y resolución. Procede asimismo, recurriendo a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, recavar informes a la representación diplomática del país de origen del menor relativos a la persona o entidad que tenga atribuida su tutela legal, custodia o guarda. Al efecto expuesto, se iniciarán los trámites de procedimiento de repatriación cuando a tenor de los informes, se considere que el interés superior del menor queda adecuadamente salvaguardado a través de la reagrupación familiar o bien a través de la entrega a los servicios de protección existentes en el país de origen. La tramitación del procedimiento implica resolver acerca de la repatriación del menor a su país de origen o bien a aquel en que pudieran encontrarse sus familiares o, en otro caso, acordar la permanencia en España. Implica la incorporación al mismo de las alegaciones, documentos y pruebas que se estimen pertinentes, de modo que tras haber escuchado al menor, de estimarse que tiene suficiente juicio, y tras la emisión del informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado acordará resolver observando con criterio preferente a todos el del interés superior del menor.

En el procedimiento administrativo de repatriación así como en el posterior recurso contencioso administrativo los menores, mayores de dieciséis años, mantienen su capacidad de actuación, pudiendo intervenir de forma personal o bien a través de la representación que designen. Por el contrario, los menores de dieciséis años, tendrán una capacidad de actuación más limitada, si bien si se estima que tienen juicio suficiente pueden mostrar su oposición frente a quienes ostenten su representación pudiendo solicitar que el defensor judicial pase a representarlos.

Para la hipótesis de que se adopte la decisión de la repatriación, ésta se llevará a cabo a través de la reagrupación familiar o bien mediante su puesta a disposición ante los servicios de protección de menores de su país de origen. Si el menor hubiese interpuesto un recurso judicial, la ejecución de la decisión adoptada en el expediente administrativo de repatriación vendrá condicionada por una previa autorización judicial.

Se produce un consenso general entre las Organizaciones No Gubernamentales y la doctrina científica, en el sentido de que la ambigüedad y la limitada regulación del estatuto de los menores no acompañados en el derecho comunitario podría obedecer al miedo de que una normativa decididamente proteccionista produjera

⁷³⁵ GOENECHEA PERMISÁN, C.: "Menores inmigrantes no acompañados: un estudio de su situación en la actualidad", I Congreso Internacional a Educació a la Mediterrània, Palma de Mallorca, 2006.

un efecto llamado no deseado en lo que se refiere a los flujos migratorios de menores⁷³⁶.

Las Administraciones en cualquier caso no han dejado de mantener una situación fluctuante o a medio camino entre la protección y la represión ante el incremento del fenómeno de los menores inmigrantes no acompañados⁷³⁷.

1.3. La concesión de la residencia del menor no acompañado

De no resultar posible o adecuada la repatriación del menor y, en todo caso, una vez que hubieran transcurrido nueve meses desde la puesta a disposición del menor en los servicios competentes de protección de menores se procederá a la tramitación de la autorización de residencia.

El procedimiento para la concesión de la autorización de residencia puede iniciarse de oficio por la Oficina de Extranjería o a instancia del Servicio de protección de menores. La Oficina de Extranjería finalmente adoptará la resolución procedente y la notificará tanto al menor como al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes, pudiendo aquél en el plazo adicional de un mes solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero. El plazo de vigencia de la autorización tendrá vigencia de un año desde la fecha en que el Ministerio Fiscal a través de resolución determinó la puesta a disposición del menor ante el servicio de protección de menores.

En la hipótesis de que el menor que se encuentre en edad laboral vaya a realizar actividades laborales podrá interesar una autorización administrativa con el objeto de realizar actividades de trabajo temporal o bien una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando la actividad ofrezca una continuidad proyectada en el tiempo.

La renovación de la autorización de residencia –o bien la de residencia y trabajo– será iniciada de oficio por la Oficina de Extranjería dentro del plazo de sesenta días naturales previos a la fecha en que finalice su vigencia, debiendo otorgarse su concesión siempre que se persistan las circunstancias que dieron lugar a su concesión inicial. La vigencia de la autorización renovada será de un año salvo que proceda la concesión de la autorización por un plazo mayor. La concesión de los permisos a que se hace mención no impedirá el que se pueda proceder a la repatriación del menor siempre que se aprecie que la misma puede favorecer su interés superior.

⁷³⁶ GIMENO MONTERDE, C., Menores extranjeros no acompañados: una cuestión compleja para las políticas públicas y sociales, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 25, 2010, págs. 55 a 72.

⁷³⁷ DURÁN RUIZ, F.J., “Las administraciones públicas ante los menores extranjeros no acompañados: entre la represión y la protección”, *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, junio 2007, págs. 1 a 41.

1.4 El acceso del menor a la mayoría de edad

Los menores que se hallen sujetos a tutela y que dispongan de autorización de residencia una vez que alcance la mayoría de edad podrán interesar su renovación. A tal fin adquiere particular relevancia la acreditación de un cierto grado de inserción del solicitante en la sociedad. El procedimiento referente será el que corresponde a la autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo en cuyo caso se ha de acreditar la disposición de medios económicos en importe mensual equivalente al 100% del IPREM. El plazo correspondiente a la autorización renovada alcanzará los dos años, con la salvedad de que pudiera aprobarse una autorización de residencia de larga duración. También se contempla la opción de que en el momento de acceder a la mayoría de edad, o bien en un momento posterior, se pueda interesar ampliar la autorización de residencia en vigor para obtener la autorización de residencia y trabajo.

Otra opción recurrente atiende el supuesto en que los servicios de protección de menores ostentan su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y éstos alcanzan la mayoría de edad sin haber recibido la autorización de residencia. En tal caso, si los menores han participado de forma adecuada en actividades de acción formativa o bien en programas favorecedores de su integración social podrán interesar la autorización temporal de residencia justificada por circunstancias excepcionales, en cuyo caso podría accederse bien a una autorización temporal de residencia temporal o bien a una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia.

Para la obtención de la autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales será preciso que sea solicitada por el propio interesado en la Oficina de Extranjería correspondiente en el plazo de los sesenta días naturales previos, o noventa posteriores, a la fecha en que el interesado cumpla la edad de dieciocho años. En tal supuesto, deberá acreditar que dispone de medios económicos suficientes para su sostenimiento entendiéndose a tal efecto suficiente si se acredita la percepción de una cantidad mensual equivalente al 100% del IPREM, o bien alternativamente que cuenta con contrato o contratos de trabajo o que reúne los requisitos para llevar a cabo una actividad por cuenta propia con una rentabilidad estimada equivalente a la indicada.

Para el supuesto que se describe la autorización tendrá un plazo de un año e incorporará autorización para trabajar si los medios económicos se encuentran vinculados al trabajo por cuenta ajena o propia, en cuyo caso la vigencia quedaría supeditada a la efectiva afiliación y alta a partir del término de 30 días en que se notifique la resolución en el Régimen correspondiente de Seguridad Social.

1.5 Derechos Humanos y compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea en relación con las obligaciones que impone el derecho internacional de derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados

Hemos de tener en consideración que el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos implica una limitación de la facultad que ostentan los Estados para adoptar decisiones relativas a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros dentro de su territorio, imponiendo obligaciones específicas relativas al trato que han de recibir cuando se encuentren bajo su jurisdicción. Tales limitaciones se acentúan cuando se trata de menores extranjeros no acompañados en tanto que gozan de una protección reforzada por la triple condición de vulnerabilidad que suelen ostentar: menor, extranjero e indocumentado⁷³⁸.

Tal y como expresó la Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: *«Un niño es en primer lugar y sobre todo, un niño. Sólo después puede él o ella ser visto como un migrante. Esta consideración, junto con la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, (...) y la prohibición de discriminación entre los niños, debería constituir el punto de partida de cualquier discusión relativa a los menores migrantes no documentados. La cuestión de su estatus migratorio puede sólo considerarse en segundo lugar»*.

El Derecho internacional ha avanzado adoptando medidas que desde distintas perspectivas, incluida la tipificación penal, han mejorado la lucha frente a la trata de seres humanos⁷³⁹ y el tráfico ilícito de inmigrantes. La Convención sobre Derechos del Niño⁷⁴⁰ (en adelante CDN) en sus arts. 11 y 35 ha previsto que los Estados deben adoptar las medidas oportunas para enfrentarse a los traslados ilícitos de niños al extranjero debiendo, con este fin, promover diferentes acuerdos entre los Estados implicados.

Desde esta perspectiva la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes exige esfuerzos destacados de cooperación a nivel internacional, quedando esencialmente implicados los países que integran el origen, tránsito y destino de tales movimientos de migrantes. Desde esta perspectiva los menores que migran sin estar acompañados y sin documentación se encuentran en una posición de mayor vulnerabilidad y riesgo ante este tipo de situaciones. De ahí, la obligación que se desprende del art. 6 CDN al pretender garantizar la vida, supervivencia y desarrollo del niño, exigiendo a los Estados implicados un deber de vigilancia para evitar que los menores no acompañados, incurran en situaciones de exposición a la explotación sexual o de otro carácter o bien en la participación en actividades delictivas, llegando a convertirse en víctimas de estas situaciones.

Se configura en segundo lugar una obligación consistente en proporcionar un estatuto reforzado de protección en los países de acogida de los menores. Es así

⁷³⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, C.: La compatibilidad de las medidas adoptadas por la Unión Europea con las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito de la migración de menores extranjeros no acompañados, Revista de derecho migratorio y extranjería, núm., 31, 2012, págs. 247 a 272.

⁷³⁹ BADÍA MARTÍ, A.M^a., "Noción jurídica internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños", en AA.VV. Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, 2005, Universidad de Sevilla, págs. 177 a 198.

⁷⁴⁰ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 (Publicado en BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 1990).

que del Derecho Internacional se desprende la obligación de no considerar a los menores no acompañados como inmigrantes irregulares cuando han sido víctimas de trata de seres humanos o bien de las redes de tráfico de migrantes. Para tal supuesto, deberán recibir la consideración de víctimas y, por tal motivo deberán adoptarse las medidas oportunas para la protección de sus derechos atendiendo a las necesidades particulares que se generan.

A la hora de concretar cuáles son esos derechos que corresponde preservar a favor de los menores debe recurrirse al acuerdo del Comité de los Derechos del Niño en su Observación General número 6 (2005). Tal acuerdo establece que los derechos que procede garantizarse al menor son los siguientes: a la atención y alojamiento, a la educación, a la atención sanitaria, a un nivel de vida adecuado, a no ser privado de la libertad de manera arbitraria, a la residencia y al trabajo, a solicitar y obtener asilo u otra forma de protección internacional así como a la tutela judicial efectiva⁷⁴¹.

2. Iniciativas de la Unión Europea frente a la situación de la inmigración de menores no acompañados

En el marco de la Unión Europea el juego de los distintos sistemas jurídicos en materia de extranjería distingue con claridad aquel que se puede considerar privilegiado y que hace referencia al que gozan los nacionales de los Estados pertenecientes a la Unión Europea y Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) al que se añade Suiza⁷⁴². Frente a este sistema privilegiado se ubicaría el denominado sistema general que identificaría a los nacionales de terceros países⁷⁴³, si bien de este sistema general deberían quedar excluidos los menores extranjeros solicitantes de asilo o de refugio, así como aquellos que disfruten de la condición de apátridas.

A la hora de determinar el margen de protección temporal que depara la condición de menor no acompañado hemos de referirnos al criterio sentado por la norma específica de Derecho Internacional privado a cuyo efecto el artículo 9.1 Código Civil según el cual la mayoría de edad se rige por la ley nacional del individuo. En nuestro país, según se desprende del art. 12 CE y 315 del Código Civil, la minoría de edad se prolonga hasta el cumplimiento de los 18 años, límite que es similar al fijado por los países de nuestro entorno. A tal efecto, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países hace mención en su artículo primero a los menores de dieciocho años nacionales de países terceros, no pertenecientes a la

⁷⁴¹ Cfr. AA.VV. Ni ilegales, ni invisibles. Realidad jurídica y social de los menores extranjeros en España, UNICEF informe 2009.

⁷⁴² BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., Los nacionales de terceros países en la Unión Europea, Univ. de Córdoba, 2.ª ed., 2001.

⁷⁴³ GARCÍA CANO, S., Posición y protección del menor inmigrante en la actual legislación de extranjería, AA.VV. Inmigración y derechos de los extranjeros, Dir. Fernández Le Gal, A. Córdoba, 2005, págs. 153 a 178.

Unión Europea. En consecuencia, el halo protector de la normativa se extranjería se extiende hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

Nuestra normativa no ofrece una definición concreta de menor extranjero no acompañado, si bien podemos remitirnos al marco que ofrece la Unión Europea para la concreción de este concepto. En el modo aludido la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países, en su artículo primero hace referencia a los *«menores de dieciocho años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en tanto en cuanto no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos»*. Posteriormente la Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 ha mantenido el criterio aludido.

Las iniciativas que se producen en la Unión Europea vinculadas al tratamiento específico de los menores no acompañados se producen considerando como normativa vinculante la existente a nivel de legislación de extranjería. De entre las normas a considerar cabe destacar varias de ellas.

En el ámbito internacional resulta referente la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de diciembre de 1989. Se trata del primer convenio donde aparecen de forma completa y estructurada los derechos del niño, obligándose a personas e instituciones implicadas en su protección a desplegar todos los medios precisos para que estos derechos, alcance un efectivo reconocimiento de modo que en todo caso prevalezca el interés superior del niño.

De otro lado, el Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, implanta la conveniencia de que en interés del menor se facilite el acceso a las autoridades judiciales y administrativas, considerando criterios de proximidad, que deberán adoptar medidas que protejan tanto a su persona como a sus bienes (art. 1).

Por su parte la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) sistematiza los derechos fundamentales de los menores, no obstante lo cual se incorpora una distinción que atiende a distinciones relativas a su ejercicio dependientes de que el menor sea o no nacional de un Estado miembro.

Esta normativa global se completa con la CE que ofrece una clara muestra de protección que el Estado dispensa a los menores. A tal fin, el art. 14 prohíbe cualquier discriminación en el disfrute de los derechos, en tanto que el art. 39 establece no solo la protección de la familia sino la necesidad de que no se produzcan discriminaciones que atiendan al lugar de nacimiento. Como complemento el art. 39.4 CE mantiene en relación a los niños que *«gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»* destacándose la

importancia que vienen a ostentar los tratados internacionales suscritos en este ámbito por España.

3.- Conclusiones

Resulta transparente que el esfuerzo desplegado a través de los Convenios Internacionales traduce el interés consensuado en ofrecer un sistema de garantías para los inmigrantes menores de edad no acompañados. Este sistema garantista viene justificado entre otras razones por la especial vulnerabilidad de este colectivo. Puede entenderse fácilmente más en una sociedad como la nuestra, hiperprotectora con los menores, cómo se tiene que sentir un menor que en la búsqueda de medios de supervivencia y en una edad en la que no le corresponde asumir ese rol propio de adultos, deja su entorno familiar y su país para adentrarse en solitario en una aventura migratoria bien recurriendo a las redes clandestinas de emigración atravesando el Mediterráneo en frágiles e inadecuada embarcaciones o bien en los ejes de un camión.

Básicamente las dos ideas centrales que se consideran a la hora de la adaptación de las exigencias del Derecho Internacional se dirigen a promocionar la cooperación destinada a la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos así como la protección de sus víctimas. En segundo lugar, se configura un régimen de protección que viene a atender a la situación particular de especial vulnerabilidad en que se encuentra el menor no acompañado.

El incremento de los movimientos migratorios de menores hacia los países de la Unión Europea procedentes de países de escaso desarrollo se plantea como una realidad imparable y difícil de controlar, pudiéndose advertir en cierto modo una eclosión de esta nueva fórmula migratoria.

Los Estados europeos en general y en particular los ubicados en el sur, se encuentran sometidos a una permanente tensión jurídica donde no es fácil adivinar las novedades legislativas que acabarán imponiéndose; con mayor motivo si atendemos al cada vez mayor coste electoral que tiene para los partidos tradicionales seguir manteniendo los planteamientos solidarios que se derivan de los Convenios Internacionales.

La precariedad de medios dispuestos por los Estados para la atención de los inmigrantes cada vez resulta más patente, no ya sólo al abandonarlos a su suerte cuando intentan cruzar el Mediterráneo apartando la mirada de una tragedia que cada día adquiere mayores dimensiones, sino que en cierto modo ha burocratizado el tratamiento de la inmigración desde mismo comienzo de la crisis económica en el año 2008. En tal fecha la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular pone más

énfasis en la repatriación de los menores extranjeros no acompañados que en las medidas efectivas que pudieran permitir su integración social.

Tampoco ayuda en este sentido la enorme ola de populismo nacionalista que excluye el tratamiento tuitivo de los menores propio de los Convenios Internacionales, haciendo imponer el criterio cada vez más extendido de la necesidad de cerrar fronteras a la inmigración. Se deja así, tristemente en el olvido, dentro del fenómeno de la inmigración tan necesario para el propio crecimiento europeo, que los menores inmigrantes no acompañados son un colectivo de especial vulnerabilidad que ante las dificultades de integración social y sin el apoyo preciso pueden caer con relativa facilidad en las redes de la delincuencia, la prostitución o la trata de seres humanos