

ALCANCE DEL ARTÍCULO 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LA DETENCIÓN DE UN MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

*La obligación positiva de no dejarle en desamparo*¹

JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA

*Profesor Titular de Universidad de Derecho Constitucional
Universidad de Cádiz*

SUMARIO

- I. Sobre la necesidad de fortalecer las garantías del menor extranjero detenido
- II. La vulneración del art. 3 CEDH por incumplimiento de la obligación de adoptar medidas de protección efectivas.
- III. Sobre legalidad de la detención de un menor extranjero no acompañado.
- IV. En torno a la interpretación abierta y finalista que del Convenio hace la Sentencia Rahimi c. Grecia y sobre la tarea que aún queda pendiente.

I. SOBRE LA NECESIDAD DE FORTALECER LAS GARANTÍAS DEL MENOR EXTRANJERO DETENIDO

La Unión Europea (UE) y el Consejo de Europa están convergiendo hacia un sistema uniforme de derechos humanos basado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE². En

1 Este estudio se ha realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto I+D Consolidar-Ingenio 2010, Ministerio de Ciencia e Innovación, «El tiempo de los derechos»; Proyecto de Investigación I+D: «Igualdad y Derecho Penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación (DER2010-19781)»; Proyecto «Promoting unprotected unaccompanied children's Access to their fundamental Rights in the European Union», Grupo de Investigación Migrinter, Maison de Sciences de l'Homme et de la Société, Universidad de Poitiers (Francia). Las traducciones no son oficiales. Los textos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentran disponibles en idiomas francés o inglés en la dirección www.echr.coe.int.

2 El programa de Estocolmo considera de «importancia crucial» la «rápida adhesión de la Unión al CEDH» que se contempla en el Tratado de Lisboa (Programa de Estocolmo – «Una Europa abierta y se-

materia de extranjería esta comunión resulta de una extraordinaria importancia, tal y como ya advirtió el Consejo Europeo de Tampere de 1999. Sin embargo, la estabilidad del andamiaje que representa el sistema de protección de los derechos respecto de los menores extranjeros no acompañados deja mucho que desear³. Aún cuando la UE y el Consejo de Europa coinciden en calificar de cuestión prioritaria la necesidad de proteger a este colectivo, varios documentos aprobados en el seno de estas organizaciones durante los tres últimos años advierten del incumplimiento sistemático de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN). Nos estamos refiriendo especialmente a la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁴, al *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*⁵, y al Programa de Estocolmo (2010)⁶.

Son más de 100.000, sobre todo varones de entre 14 y 17 años, los menores extranjeros no acompañados⁷ que se encuentran en Europa, señala la Resolución 1810 de 2011

gura que sirva y proteja al ciudadano», aprobado por el Consejo Europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009 (2010/C/115/01), *Diario Oficial de la Unión Europea* de 4 de mayo de 2010. En este sentido también se expresa el apartado 4 de la Recomendación 1982 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con el título «*El impacto del Tratado de Lisboa en el Consejo de Europa*», cuyo punto 3 anima a coordinar con la UE las acciones en materia de migración y asilo. El doc. 12892 (2012), de 5 de abril, de la Asamblea Parlamentaria, que lleva por título «*El impacto del Tratado de Lisboa en el Consejo de Europa*», se pronuncia en esa dirección. La Resolución 1805 (2011), también de la Asamblea, de 14 de abril, con el título «*La prolongada llegada de migrantes irregulares, solicitantes de asilo y refugiados a las orillas de Europa del Sur*», considera que se ha de trabajar junto con la Unión Europea en materia de retorno voluntario y forzado, y al efecto se remite a la Resolución de la Asamblea 1741 (2010), de 22 de junio, relativa a los acuerdos de readmisión: un instrumento para el retorno de los migrantes irregulares.

3 La Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, 4 de julio de 2006, COM(2006) 367 Final, con el título «*Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*», recuerda en el epígrafe I.4 que en el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la infancia (2003) ya se subrayó que existe una enorme diferencia entre las buenas intenciones de los tratados internacionales y las condiciones de vida reales, la pobreza, el abandono y la explotación que están obligados a soportar millones de niños en todo el mundo. En relación con la legislación en torno a la protección de los derechos de los menores, resulta de utilidad la *Compilation of texts related to child-friendly justice, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs*, Consejo de Europa, 2009.

4 Resolución 1810 (2011), de 15 de abril de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que lleva por título «*Menores migrantes indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación*» (véase también, con el mismo título, el Documento 12539, aprobado por el Comité de Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 21 de marzo de 2011; y sobre este mismo documento, la Recomendación 1969 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

5 *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final.

6 El Programa de Estocolmo se aplica por medio de un *Plan de acción*, COM(2010) 171 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones.

7 El Artículo 2, letra f), de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, define de la siguiente manera a los menores extranjeros no acompañados: «nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleg[a]n 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 la medida en que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores que queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros».

de la Asamblea Parlamentaria⁸. Ciertamente es que por tratarse de una realidad al margen de la ley, estos datos no son completos, fiables ni comparables, pero son números que nos permiten tener una idea aproximada de un fenómeno que no responde a una circunstancia temporal sino a una realidad ya crónica que va en aumento y que exige un enfoque común, advierte la Comisión europea en un informe de septiembre de 2012⁹.

Más precisas son, naturalmente, las estadísticas de los niños que piden asilo, pues el procedimiento administrativo que se abre con tal solicitud nos permite llevar ciertas cuentas. Así, en 2011, por ejemplo, se presentaron 12.225 solicitudes en los 27 Estados de la UE, una cifra que si bien es comparable a la de años anteriores, en puridad no refleja exactamente la realidad ya que muchos menores, sea por desconocimiento o por desinformación, ignoran o no se atreven a ejercer este derecho¹⁰.

Estos números nos muestran tan sólo la punta del iceberg de los menores extranjeros no acompañados que actualmente están necesitados de protección en Europa, reconocen tanto el Consejo como la UE. Descubrir la verdadera entidad de este fenómeno para encauzarlo a todos los niveles desde el respeto a los derechos humanos, que particularmente para este colectivo se contemplan en la CDN, resulta evidente.

Aunque los riesgos de caer en la pobreza y de quedar socialmente excluido se multiplican para este colectivo, sólo de tibias –siendo indulgentes– podríamos calificar las actuaciones que para evitarlo articulan los Estados. La mayor fragilidad de estas personas exigiría medidas disuasorias o represivas más eficaces, pero la realidad es otra. Los objetivos que en 1997 propuso la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de terceros países (97/C221/03), aún representan un reto. Así lo ha reconocido en 2011 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹¹.

En el mismo sentido, el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; y el art. 2 letra h) de la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. En Derecho interno, véase el art. 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

8 Véase la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., que tiene su origen en el doc. núm. 12539, cit. Por ofrecer algunos datos recientes de esta realidad en España, de acuerdo con la Memoria 2012 de la Fiscalía General del Estado, durante el año 2011 se detectaron 357 menores extranjeros no acompañados llegados a las costas española en pateras o embarcaciones similares, lo que supone un incremento del 34.71 % respecto de 210 (265 menores extranjeros no acompañados); también se ha advertido un incremento del número de menores que llegan por vía terrestre ocultándose en vehículos de motor. De acuerdo con la información que proporcionan las distintas fiscalías provinciales, durante 2011 se incoaron un total de 2.418 diligencias preprocesales de determinación de edad de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no podía ser establecida con seguridad (art. 35.3 de la LO 4/2000), lo que representó un descenso del 3,58 % respecto de 2010. En el 51,36 % de estos casos se decretó la minoría de edad.

9 Véase el *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los Menores no Acompañados*, 28 de septiembre de 2012, COM (2012) 554 final.

10 Fueron 10.845 en 2010, 12.245 en 2009 y 11.715 en 2008, según el *Informe intermedio de la aplicación del Plan de acción sobre los menores no acompañados*, cit. El doc. núm. 12539 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., 2011, señala que, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en 2009 15.000 menores no acompañados solicitaron asilo en la Unión Europea, Noruega y Suiza.

11 De la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, véase la Recomendación 1985 (2011), de 7 de octubre de 2011, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, con el título «*Menores migrantes*

Son diversos los frentes abiertos en esta batalla. Nosotros, como ya hemos anticipado, nos ceñiremos al ámbito de las garantías de la detención. Dos razones justifican esta delimitación. Por un lado, la realidad antes comentada de que en Europa la privación de libertad de estos menores es una práctica cada vez más habitual¹²; pero sobre todo, porque en el caso *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, el TEDH ha dictado una Sentencia que merece ser destacada, al ser la primera vez que se declara que dejar sin protección o en desamparo a un menor una vez que abandona el Centro de internamiento, representa un trato inhumano o degradante, esto es, una violación del art. 3 del CEDH¹³.

Los antecedentes de este caso fueron los siguientes: El recurrente es un menor afgano de 15 años de edad, de nombre Eiva Rahimi, que entra ilegalmente en Grecia después de perder a sus padres en la guerra de su país. El mismo día que llega a la isla de Lesbos es arrestado y llevado al Centro de internamiento de Pagani, donde estuvo retenido durante dos días. Una vez que se le notifica la orden de abandonar en el plazo de 30 días el territorio nacional, fue puesto en libertad sin que tal decisión fuera acompañada de medida asistencial alguna. El menor, en consecuencia, quedó en desamparo hasta que por sus propios medios consiguió abandonar la isla y llegar a Atenas, donde fue acogido por una asociación de ayuda a los inmigrantes. Es entonces cuando presentó una solicitud de asilo, que a fecha de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo aún no había sido resuelta.

En su recurso contra la orden de expulsión, Rahimi denunció que su condición de menor de edad en absoluto había sido tomada en consideración, ni cuando fue detenido, pues fue ingresado en un Centro de adultos, ni cuando quedó en libertad, pues las autoridades griegas no contemplaron al dictar esa orden ninguna medida de protección o salvaguarda. También se quejó de que nunca fue informado ni del motivo de la detención ni de la posibilidad de recurrir tal decisión, así como de las lamentables condiciones de habitabilidad del Centro en el que fue internado.

En la Sentencia, el TEDH hace suyas las consideraciones de diversas instituciones y organizaciones nacionales e internacionales en relación con las precarias instalaciones del Centro de internamiento. Entre ellos destacan un par de informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, que califican de «abominables» e «insalubres más allá de cualquier descripción» las condiciones en las que quedaban los inmigrantes ilegales en él detenidos, advirtiendo que el estado «deplorable» de tales instalaciones constituía un peligro para la salud de

indocumentados en situación irregular: un motivo real de preocupación»; la Resolución 1805 (2011), de 14 de abril, cit.; o la Resolución 1810 (2011), cit. En el marco de la Unión también es relevante la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, con el título «*Hacia una estrategia de la Unión Europea sobre los derechos de la infancia*», cit.; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, sobre esta última Comunicación (2007/2093[INI], de 20 de diciembre).

12 PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants): Undocumented Children in Europe: Invisible Victims of Immigration Restrictions, [http://picum.org/picum.org/uploads/file_/PICUM%20Undocumented%20Children%20in%20Europe%20-%20%20EN.pdf], Bruselas, 2008.

13 Art. 3 CEDH: «Nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». *Rahimi c. Grecia*, 5 de abril de 2011, especialmente párrafos 92, 94 y 95.

los internos y de la plantilla de trabajadores allí destinados. Todo ello representa un «tratamiento degradante e inhumano», concluye el Tribunal¹⁴.

El respeto a la dignidad de la persona es un pilar del Estado constitucional. Los sistemas políticos que así se definen articulan sus instituciones de gobierno de tal manera que los derechos fundamentales y las libertades públicas queden efectivamente garantizados. Los instrumentos, empero, no siempre funcionan correctamente. Es lo que sucede con los derechos de los menores migrantes no acompañados, particularmente los que atañen a las condiciones en las que pueden ser detenidos y a la manera en la que a menudo son retornados. A pesar del carácter universal que de ellos se predica en diversos Tratados y Convenios internacionales, la práctica camina por otros derroteros¹⁵. Así lo ha reconocido con toda claridad la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁶.

II. LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 3 CEDH POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN EFECTIVAS

Es muy habitual que un Tratado internacional comience declarando la voluntad de los Estados signatarios de cumplir un determinado compromiso. El CEDH no se expresa exactamente así: su primer artículo señala que los estados firmantes *reconocen* (no «se comprometen a reconocer», que es lo más habitual) a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en esta Carta. No estamos hablando, pues, de principios programáticos, de una mera declaración de intenciones, de un objetivo que debiera alcanzarse a la mayor brevedad, sino de una realidad que hay que asegurar desde el primer momento para no incumplir lo pactado. En la Sentencia *Rabimi c. Grecia* (2011) el Tribunal así lo recuerda en varias ocasiones como si del hilo conductor de su discurso se tratara.

El artículo 3 de la CEDH proscribe la tortura y las penas o tratos inhumanos. En todas las Sentencias relativas a este precepto, el TEDH ha subrayado el carácter absoluto y sin excepción de esta prohibición, y el deber que tienen los Estados parte de im-

14 Véanse los párrafos 30, 31, 37, 41 y 47 de la Sentencia *Rabimi c. Grecia*, cit.

15 Por ejemplo, según un informe reciente, alrededor del 30% de los menores no acompañados que llegan a Francia por vía aérea son rechazados o devueltos sin concederles el derecho a los procedimientos oportunos, y sin verificar las garantías de acogida en el país de retorno. Al respecto, CARLIER, M., DE DONATO, M. y PAVLOU, M.: *L'accueil et la prise en charge des mineurs non accompagnés dans huit pays de l'Union européenne. Etude comparative et perspectives d'harmonisation*, France terre d'asile, Synthèse, Paris, 2010, p. 8-9.

16 La Recomendación 1985 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., señala que existen especialmente cinco áreas en las que los derechos de los menores migrantes no acompañados deben ser clarificados y reforzados. Una de ellas se refiere a las condiciones de la detención. Las otras que requieren de una particular atención son: educación, atención sanitaria, hogar y explotación infantil (puntos 3 y 6). Igualmente, se advierte que no obstante lo dispuesto por la ley, en muchos Estados hay obstáculos que dificultan el ejercicio y disfrute de los derechos. Entre otras razones, ello puede ser debido a las barreras administrativas que pudieran existir, a las dificultades del idioma, a la complejidad administrativa y judicial, a la falta de información, al miedo a ser expulsado, o por comportamientos discriminatorios hacia el extranjero (punto 8 de la Recomendación).

plementar las medidas necesarias para garantizar que efectivamente así sea¹⁷. Para hacer notar la actitud vigilante que las autoridades han de adoptar, el Tribunal no solo califica esta obligación de «positiva», comportamiento que en puridad cabe predicar respecto de cualquiera de los derechos reconocidos en el Convenio, sino que además advierte que este derecho, expresado en forma de prohibición, es en sí mismo un valor fundamental en una sociedad democrática¹⁸.

Por ello, cuando existen indicios racionales de que el art. 3 CEDH pudiera haber sido conculcado, las autoridades nacionales competentes tienen la obligación de abrir una investigación que ayude a esclarecer los hechos y a identificar a los responsables. Este control es esencial para mantener la confianza en el Estado de Derecho y para disipar cualquier duda de connivencia o de tolerancia con actos ilegales. A mayor abundamiento, si la lesión fuera producto de la acción u omisión de un funcionario público, ni la amnistía, ni el perdón, ni la prescripción pueden ser posibles, advierte el TEDH¹⁹. No han sido demasiadas las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo en relación con esta obligación positiva cuando un menor era la víctima. Entre ellas merecen ser destacadas las tres siguientes:

En *Asenov y otros c. Bulgaria* (1998) el Tribunal declara por vez primera la obligación que tienen las autoridades nacionales de abrir una investigación que ayude a esclarecer los hechos cuando existan indicios racionales de que el art. 3 pudiera haber sido violado. El caso trata sobre las lesiones causadas por la policía a un chico de 14 años: aún cuando la Corte resuelve que no es posible probar que las heridas denunciadas habían sido causadas efectivamente por las fuerzas del orden público, el Tribunal llegó a la conclusión de que en la investigación abierta, las autoridades no hicieron todo lo posible para averiguar lo que realmente había sucedido, premisa imprescindible para garantizar la vigencia efectiva del derecho reconocido en el art. 3 CEDH²⁰.

La Sentencia *Okkali c. Turquía* (2006), también respecto de un menor, vuelve a recordar que cuando existan indicios racionales de que pudiera haberse lesionado el art. 3 CEDH por parte de la policía, «las autoridades nacionales competentes tienen la obligación de abrir una investigación oficial que de una manera efectiva esclarezca

17 La STEDH *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006, recuerda en el párrafo 55 «the absolute nature of the protection afforded by Article 3 of the Convention». En este mismo sentido, S TEDH, *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, párrafo 78; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 21 de enero de 2011, párrafo 218; *Labita c. Italia*, de 6 de abril de 2010, párrafo 119; *Z y otros c. Reino Unido*, de 10 de mayo de 2001, párrafo 73; *Bati y otros c. Turquía*, 3 de junio de 2004, párrafo 120.

18 *Soering c. Reino Unido*, cit., párrafo 88. Por ejemplo, en el caso *A. v. Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998, párrafo 22, el Tribunal recordó que el artículo 1, leído de conformidad con el artículo 3 «exige que los Estados tomen medidas encaminadas a asegurar que los individuos bajo su jurisdicción no estén sometidos a torturas ni a castigos que comporten tratos inhumanos o degradantes» (*mutatis mutandis*, *H.L.R. c. Francia* de 29 de abril de 1997, párrafo 40). Sobre el concepto de obligación positiva en el marco del Consejo de Europa, Akandji-Kombe, J-F.: *Positive obligations under de European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Hand Book, núm.7, Council of Europe, 2007.

19 Así en, *Okkali c. Turquía*, cit., párrafos 65, 76 y 78; *Slimani c. Francia*, de 27 de julio de 2004, párrafos 30 y 31; *Asenov y otros c. Bulgaria*, de 28 de octubre de 1998, párrafo 102.

20 *Asenov y otros c. Bulgaria*, cit., párrafos 95 y 100 a 106, especialmente el párrafo 102.

los hechos y, en su caso, identifique a los culpables»²¹. Este control, añade el Tribunal, «es esencial para mantener la confianza en el Estado de Derecho y para disipar cualquier duda de connivencia o tolerancia por parte de las autoridades con actos ilegales (véase, *mutatis mutandis*, Öneriyıldız, párrafo 96)». Cuando un funcionario público es sospechoso de haber lesionado el art. 3 CEDH, concluye el Tribunal, «no debe existir prescripción ni debe permitirse la amnistía o el perdón (véase, *mutatis mutandis*, *Abdül-samet Yaman c. Turquía*, párrafo 55, 2 de noviembre 2004; *Dujardin y otros c. Francia*, Decisión de la Comisión de 2 Septiembre de 1991)»²².

Y en *A. c. Reino Unido* (2009), donde un menor había sufrido abusos por parte de su padrastro, el Tribunal recordó que el artículo 1, leído de conformidad con el artículo 3 «exige que los Estados tomen medidas encaminadas a asegurar que los individuos bajo su jurisdicción no estén sometidos a torturas ni a castigos que comporten tratos inhumanos o degradantes» (véase, *mutatis mutandis*, *H.L.R. c. Francia*, de 29 de abril de 1997, párrafo 40)»²³.

A la hora de evaluar si el artículo 3 del CEDH ha sido violado a raíz de una detención, el Tribunal siempre recuerda que «el trato degradante ha de tener un mínimo nivel de gravedad («*ill-treatment must attain a minimum level of severity*»)). Este «umbral» no se puede determinar con carácter general y abstracto sino que por principio es relativo. A estos efectos, el Tribunal considera que no se conculca el art. 3 CEDH cuando la privación temporal de libertad no provoca en el detenido un sufrimiento mayor al normal e inevitable en una medida de esta naturaleza, lo que se habrá de juzgar en función de las circunstancias concretas que se presenten en cada caso. Entre los elementos a valorar, el Tribunal se refiere a la edad y al sexo de la víctima, a su estado de salud, a la duración mayor o menor del tratamiento denunciado, a los efectos físicos y/o mentales (o psicológicos) que le hubiesen podido provocar, a los motivos que le hubiesen llevado a abandonar su país, a la circunstancia de que se encuentre solo o acompañado de algún familiar o allegado, y a cualquier otro que al efecto se considere relevante»²⁴.

Aún reconociendo las dificultades que tienen los Estados situados en las fronteras exteriores de la Unión Europea a causa del aumento de la presión migratoria, el TEDH subraya que esta realidad no mitiga la responsabilidad del Estado que del art. 3 CEDH

21 Véase en este sentido, *Slimani c. Francia*, cit., párrafos 30 y 31, y *Asenov y otros c. Bulgaria*, cit., párrafo 102.

22 *Okkali c. Turquía*, de 17 de octubre de 2006, cit., párrafos 65, y 76. El párrafo 78 señala: «Consecuentemente, la Corte advierte que, lejos de actuar con rigor, el sistema jurídico-penal tal y como fue aplicado en este caso, no fue suficientemente disuasivo para prevenir con eficacia los actos ilegales del tipo que se denuncian por el recurrente».

23 *A. c. Reino Unido*, de 19 de febrero de 2009, párrafo 22.

24 En este sentido, *Rabimi c. Grecia*, cit., párrafo 86; *Labita c. Italia*, cit., párrafo 120; *Price c. Reino Unido*, de 10 de julio de 2001, párrafo 24; *Mikadzé c. Rusia*, de 7 de junio de 2007, párrafo 108; *Asenov y otros c. Bulgaria*, cit., párrafo 94: «the assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim». Véase también, entre otras, *Raninen c. Finlandia*, 16 de diciembre de 1997, párrafo 55; *Tekin c. Turquía*, 9 de junio de 1998, párrafos 52 y 53; *Bati y otros c. Turquía*, cit., párrafos 113-120; *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit.; *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., párrafos 216, y 219 y 220. En el mismo sentido *Kudla c. Polonia*, 19 de abril de 2001, párrafos 91 y 94; *Riad y Idiab c. Bélgica*, 24 de enero de 2008, párrafo 100, *Slimani c. Francia*, cit., párrafo 27.

se deriva²⁵. Esto es, por numerosos que sean los inmigrantes irregulares, las detenciones se han de llevar a cabo respetando la dignidad de cada persona. En el próximo epígrafe nos centraremos en la detención de los menores, pero sobre la lesión en general de este precepto por las condiciones de habitabilidad del Centro de internamiento, véanse *A.A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010, parágrafos 57 a 65, donde el Tribunal considera que al detenido, demandante de asilo, se le había dado un trato inhumano o degradante al haber sido internado durante tres meses en un lugar superpoblado donde la limpieza y las condiciones de higiene habían sido deplorables (sanitarios prácticamente inutilizables, suciedad y estrechez extrema en las habitaciones, alimentación insuficiente); *S.D. c. Grecia*, de 11 de junio de 2009, parágrafos 49 a 54, que califica de trato inhumano o degradante que un demandante de asilo estuviera detenido primero en una barraca prefabricada durante dos meses sin posibilidad de salir al exterior, ni de telefonar, sin sábanas propias ni productos de higiene, y luego también durante seis días en un Centro de extranjeros sin posibilidad de salir a un patio a pasear, sin zona de esparcimiento, durmiendo sobre colchones sucios y sin aseos; o *Tabesh c. Grecia*, de 26 de noviembre de 2009, parágrafos 38 a 44, que llega a la misma conclusión respecto de un solicitante de asilo que había estado retenido durante tres días en un local de la policía sin recibir una alimentación adecuada y sin posibilidad de realizar actividad recreativa alguna²⁶.

III. SOBRE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN DE UN MENOR EXTRANJERO NO ACOMPAÑADO

La privación de libertad es en sí misma una medida extrema. Por ello, el TEDH ha señalado que se conculca el art. 3 CEDH cuando la detención comporta un sufrimiento mayor al normal o inevitable en una decisión de esa naturaleza. Al respecto, las autoridades deben aumentar el celo cuando el detenido pertenezca a un grupo especialmente vulnerable, y particularmente cuando se trate de un menor²⁷. Nos centraremos a partir de este momento en las garantías que se han de observar para que la detención practicada sobre un menor extranjero no acompañado no derive en una lesión del art. 3 CEDH.

El art. 37 b) CDN advierte que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo «de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda»²⁸. Estas tres condiciones (medida extraordinaria, adoptada conforme a Derecho y por el menor tiempo posible) no son suficientes, sin embargo, para fundamentar la legalidad de una orden de privación de libertad, pues hay una consideración de primer orden que las autoridades habrán de valorar sobre todas las demás: el interés superior del niño (art. 3.1 CEDH).

25 En este sentido, STEDH en el asunto *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., parágrafos 223 y 224.

26 Entre las últimas en este sentido, véase *M.S.S. c. Bélgica*, de 21 de enero de 2011, parágrafo 221.

27 *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., parágrafo 221.

28 En este sentido, el art. 17.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, señala que: «Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.»

Cualquier discusión o debate sobre el estatus o situación administrativa de un menor migrante no documentado no puede obviar esta premisa básica en la materia: un menor inmigrante es sobre todo y antes de nada un niño.

Continúa el apartado c) del art. 37 CDN señalando que una vez detenido, el menor ha de ser tratado «con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona, teniendo presente las necesidades propias de las personas de su edad», considerándose a estos efectos que, a menos que el interés superior del menor aconseje lo contrario, todo niño privado de libertad debe estar separado de los adultos, teniendo derecho «a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales». Así lo asumen en sus documentos la Unión Europea y el Consejo de Europa²⁹.

El Centro en el que quede ingresado el menor habrá de estar dotado, por tanto, de los profesionales y de los medios apropiados a las necesidades de esas edades. Esto es, los menores no pueden ser detenidos en las mismas condiciones que los adultos sino en instituciones, servicios o establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, en los que la competencia de su personal garantice el cumplimiento de las normas en materia de salud, higiene, nutrición, educación, formación profesional, ocio, y en general del bienestar del menor (art. 3.2 y 3.3 de la CDN).

Si los menores son unas de las personas más vulnerables de nuestra sociedad, aún lo son más cuando se trata de un inmigrante ilegal que viaja sin estar acompañado de un familiar³⁰. La mayor fragilidad que en principio el TEDH reconoce a estas personas obedece,

29 El art. 18.1 de la Directiva 2003/9/CE, cit., también subraya que el interés superior del menor debe ser la consideración básica a la hora de aplicar esta directiva a los menores. En el mismo sentido, la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (véase también la Recomendación 1985 [2011] del Comité de Migración, Refugio y Población de la Asamblea Parlamentaria, cit., y el punto 5.1 del doc.12539, cit., 2011). Al respecto también, PICUM, *Children. First and Foremost. A guide to realising the Rights of children and families in an irregular migration situation* [<http://picum.org/picum.org/uploads/publication/Children%20First%20and%20Foremost.pdf>], 2013.

30 En la Sentencia *Rabimi*, el Tribunal en varios párrafos hace referencia a que los niños representan uno de los grupos más vulnerables de la sociedad, siéndolo aún más los menores inmigrantes ilegales no acompañados; esta circunstancia es determinante para declarar la lesión del art. 3 CEDH cuando las autoridades no atienden la especial obligación que tienen de proteger a estas personas (párrafos 86 y 87). A este respecto, también *Popov c. Francia*, de 19 de abril de 2012, párrafo 90. Ambas se remiten a *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., donde ya se subrayó que entre las circunstancias a valorar para determinar si se ha superado el umbral de sufrimiento que nos permite calificar una actuación de trato inhumano hay que considerar que los niños representan un grupo especialmente vulnerable de nuestra sociedad, especialmente los inmigrantes no acompañados en situación de irregularidad; esta circunstancia ha de tomarse especialmente en consideración cuando se presenta una denuncia relativa a las condiciones en las que se ha practicado la detención (párrafos 55 y 56). También, entre las más recientes, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., párrafos 226, 227 y 232 a 234. En *Okkali c. Turquía*, cit., párrafo 70, leemos: «los niños son particularmente vulnerables porque están expuestos en primera línea a diversos tipos de violencia, por lo que los gobiernos tienen la obligación de implementar las medidas de protección oportunas». En el mismo sentido, *A. c. Reino Unido*, cit., párrafo 22, (que se remite *mutatis mutandis*, a la Sentencia *X e Y c. Holanda*, 26 de marzo de 1985, párrafos 21 a 27; a *Stubbings y otros c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1996, párrafos 62 a 64. La Corte se ha pronunciado en varias ocasiones en relación con actos de violencia física contra los niños en el seno de la familia: entre otras, en las Sentencias *A. c. Reino Unido*, cit., *Z. y otros c. Reino Unido*, cit., y en *E. y otros c. Reino Unido*, de 26 noviembre 2001, donde el Tribunal recuerda que los niños son personas muy vulnerables, por lo que los gobiernos tienen la obligación positiva de tomar las medidas oportunas para disminuir, tanto como

pues, a estas cuatro circunstancias (inmigrante, menor, no acompañado, y en situación de irregularidad), elementos que habrán de ser valorados junto con los otros que en cada caso se puedan presentar, como la mayor o menor edad del menor, su madurez, su capacidad intelectual y emocional o cualquier otro dato que resulte de interés³¹.

La Sentencia *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica*, de 12 Octubre de 2006, es la pionera en relación con las condiciones en las que un menor extranjero no acompañado puede quedar detenido. Desde entonces el Tribunal viene recordando que el ingreso en un Centro de internamiento no se puede decretar de manera automática sino que se ha de concebir como una medida excepcional, advirtiendo que en no pocos casos se ha demostrado que esos ambientes marcan de manera irreversible el comienzo de una trayectoria personal delictiva³². Se insiste por ello en que un menor no debe quedar privado de libertad a menos que ninguna otra medida menos radical pueda ser adoptada. Si este fuera el caso, el ingreso debe ser ordenado en un Centro adecuado, nunca en las mismas condiciones que un adulto. A la hora de tomar esa decisión, la edad del detenido es, por tanto, un elemento determinante³³.

se pueda, las posibles situaciones de peligro real que pudieran ser previsibles, ya sea actuando sobre la ley, esto es, operando las modificaciones normativas que se adviertan necesarias, ya sea corrigiendo las posibles derivaciones fácticas del sistema. En *Siliadin c. Francia*, cit., encontramos otro caso interesante: se trata de una residente togalesa menor de edad víctima de eso que hoy se conoce con el nombre esclavitud doméstica. Por vez primera la Corte asemejó el estado de servidumbre que había sufrido la recurrente con la esclavitud, declarando por ello la violación del artículo 4 de la Convención (que prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados) y censurando que la legislación francesa no tipificara en el código penal conductas como éstas. Por lo que ahora más nos interesa, en el parágrafo 112 se subraya la obligación positiva que tienen los gobiernos de reprimir el crimen de manera efectiva, y particularmente la necesidad de prevenir de manera eficaz los atentados contra determinados colectivos de personas especialmente vulnerables, categoría a la que pertenecen los niños, cuya dignidad e integridad ha de ser preservada en todo momento, de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño (arts. 19 a 37).

31 Más allá de la edad del menor, también hay que tomar en consideración su madurez. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia *S. C. c. Reino Unido*, de 15 de junio de 2004, en relación con el art. 6 de la Convención, que reconoce el derecho a un juicio justo, recordó que es esencial que el niño sea tratado «de una manera que tenga presente su edad, su madurez y su capacidad intelectual y madurez, adoptando las medidas encaminadas necesarias para que pueda comprender el procedimiento y participar en él, tratando de evitar cualquier medida intimidatoria o que pudiera inhibirle». Al respecto también resulta de interés la Sentencia *Hokkanen c. Finlandia*, de 23 septiembre de 1994, donde la Corte entendió que una niña de doce años, que no quería que su padre la visitara, era suficientemente madura como para tener presente su opinión.

32 Véase al respecto, *Neuling y Sburnik c. Suiza*, 6 de julio de 2010, parágrafo 135; *Rabimi c. Grecia*, cit., parágrafo 108; *Popov c. Francia*, de 19 de abril de 2012, parágrafo 90.

33 En relación con las condiciones en las que un menor extranjero no acompañado puede quedar detenido, SENOVILLA HERNÁNDEZ, D. y LAGRANDE, Ph.: The legal status of unaccompanied children within International, European and national frameworks. Protective standars vs. Restrictive implementation, PUCAFREU Project “Promoting unaccompanied children’s access to fundamental rights in the European Union”, Poitiers, 2011 [<http://www.pucafreu.org>]; SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: “Comentario sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 12 de octubre de 2009: caso Mubilanzila Mayeka y Kanini Mitunga contra Bélgica”, Revista de derecho migratorio y extranjería, núm. 13, 2006, p. 187-198. Sobre la condiciones de detención de menores no acompañados, KANICS, J., SENOVILLA HERNÁNDEZ, D., TOUZENIS, K.: Migrating alone. Unaccompanied and separated children’s migration to Europe, Editions UNESCO Publishing, Paris, 2010, p. 30. Véase también la Declaración de Buenas Prácticas del Programa de Menores no Acompañados en Europa, adoptada por la Alianza Internacional Save the Children Alliance en Europa y por el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados, 4 edición revisada (en inglés), 2010.

Las circunstancias del caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga c. Bélgica* fueron especialmente particulares: las autoridades belgas detuvieron en el Centro de tránsito del aeropuerto de Bruselas, habilitado solo para adultos, a una menor congoleesa de cinco años de edad, de nombre Tabitha, que trataba de llegar hasta Canadá para reunirse con su madre. La niña, que estuvo detenida durante dos meses, separada de sus padres y sin medidas de acompañamiento acordes con su edad por parte de personal cualificado, finalmente fue expulsada³⁴. El Tribunal llegó a la conclusión de que las medidas adoptadas por los funcionarios de inmigración lejos habían quedado de ser suficientes. La extrema vulnerabilidad de la menor, por razón de su corta edad y por la dificultad de las circunstancias que la rodeaban (extranjera no acompañada en situación de irregularidad) fue en este caso determinante para que la Corte reprochara a las autoridades belgas «una falta de humanidad de tal calibre que alcanza la consideración de trato inhumano». A juicio del Tribunal, el grado de sufrimiento —criterio determinante para considerar inhumano o degradante el trato recibido— que Tabitha tuvo que soportar a consecuencia de las condiciones de su detención, superó el umbral necesario para declarar lesionado el art. 3 del CEDH³⁵.

En aquel caso, la violación no sólo se declaró respecto de la niña sino también respecto de la madre. El Tribunal estimó que la tensión que la detención de un hijo menor de edad normalmente comporta se vio superada por la actitud de las autoridades belgas, que tan sólo le proporcionaron un número de teléfono para que pudiera hablar con su hija. Atendiendo a la edad de la menor y a la lacónica respuesta de las autoridades belgas, el Tribunal declaró la violación del art. 3 también respecto de ella³⁶.

Esta transmisión familiar del sufrimiento no se limita a padres e hijos. También puede declararse respecto de una relación de consanguinidad más allá del primer grado (de un abuelo con su nieta) o incluso respecto de una relación de afinidad (de un tío con su sobrino). Lo importante, subraya el Tribunal, es la mayor o menor estrechez del vínculo familiar que en la práctica se observe. Y también hay que advertir que el daño infligido a los hijos no siempre supone que a los padres haya que considerarlos como víctimas. Así será solo cuando el sufrimiento exceda el que normalmente provoca una medida de estas características, muy especialmente, como hemos visto, la respuesta o la gestión que de la situación las autoridades competentes realicen respecto de los familiares³⁷.

Un ejemplo de que la detención de un menor no tiene por qué generar indefectiblemente un trato inhumano respecto de la madre lo encontramos en la Sentencia *Muskebadzbiyeva y otros c. Bélgica*, de 19 de enero de 2010. En este caso, durante un breve periodo de tiempo, la madre quedó retenida junto a sus cuatro hijos menores, que en ningún momento fueron separados de ella. El Tribunal concluyó que los primeros fueron objeto de un trato inhumano por las condiciones en las que estuvieron detenidos (en

34 En el caso *D.G. c. Irlanda*, de 16 de mayo de 2002, la Corte señala que no es aceptable que un menor se encuentre detenido en un Centro de internamiento durante varios meses sin previsión alguna sobre su derecho a la educación.

35 *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., párrafos 55 y 58.

36 *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., párrafos 61 y 62.

37 *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., párrafo 67, que a tal efecto se remite a *Çakıcı c. Turquía*, de 8 de Julio de 1999, párrafo 98, y a *Hamiyet Kaplan y otros c. Turquía*, de 13 de septiembre de 2005, párrafo 67.

un Centro no acondicionado para menores de edad), pero no respecto de la madre. Admitiendo la frustración y el dolor que sin duda la situación le debió generar, se consideró que, a la luz de las concretas circunstancias del caso, no se había traspasado el umbral de sufrimiento requerido para entender respecto de ella conculcado el art. 3 CEDH³⁸.

Para estimar lesionado el art. 3 del CEDH, tanto en la *Sentencia Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga* (2006) como en la *Sentencia Rabimi* (2011), el Tribunal se apoya en la CDN (1989), concretamente en el art. 3, que consagra el principio del interés superior del menor³⁹, y en el art. 37 que ordena que un menor no quede privado de libertad a no ser que ninguna otra medida fuera posible [letra b)], en cuyo caso habrá de estar separado de los adultos, a menos que el interés superior del menor aconseje otra cosa [letra c)]⁴⁰. Que el Tribunal considere lesionado el art. 3 del CEDH utilizando como argumento fundamental, como *ratio decidendi* —no a mayor abundamiento (*obiter dictum*)— el no cumplimiento de las obligaciones establecidas en estos dos preceptos revela la fuerza que en la materia tiene la CDN⁴¹.

38 Los hechos fueron los siguientes: la madre y sus cuatro hijos (de siete meses, tres, cinco y siete años de edad) fueron detenidos en la Oficina de Extranjeros cercana al aeropuerto de Bruselas a la espera de su deportación, una vez que la solicitud de asilo presentada fuera denegada. El Tribunal estimó legítima la detención de la madre pero no de la de sus hijos. Al declarar la lesión del art. 3 CEDH respecto de estos últimos, el Tribunal tomó en consideración varios informes independientes que habían concluido que ese Centro de detención no era apropiado para ingresar a niños. A mayor abundamiento, la organización Médicos Sin Fronteras había examinado a los niños, reconociendo en su Informe traumatismos síquicos y somáticos graves, sobre todo en uno de ellos. A la luz de estas circunstancias, el Tribunal concluyó que las condiciones en las que los niños habían estado en el Centro de detención habían superado el umbral de gravedad exigido para entender conculcado el art. 3 CEDH. El Tribunal también estimó lesionado el art. 5.1 del Convenio por el hecho de detener a un menor en un Centro de adulto, aunque no fuera por mucho tiempo (*Muskadzhziyeva y otros c. Bélgica*, 19 de enero de 2010, párrafos 56, 58 a 60, 63, 66 y 74). En *Popov c. Francia*, de 19 de abril de 2012, también se consideró la lesión del art. 3 y del art. 5.1 del CEDH respecto de los hijos pero no respecto de la madre, párrafos 90 a 121.

39 Art. 3.1. «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

40 Art. 37. «Los Estados parte velarán por que: (...) b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; (...)». En este sentido también se pronuncia el art. 17.1 de la Directiva 2008/115/CE, cit.: «Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible». La letra c) del art. 37 del CDN señala: c) (...). En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales».

41 La *Sentencia Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., párrafo 81, advierte que si bien los Estados tienen la obligación de mantener el orden público y que al efecto tienen la facultad de controlar la entrada y residencia de extranjeros en su territorio, el internamiento de extranjeros en Centros de detención se ha de hacer respetando las obligaciones asumidas en Derecho internacional, especialmente las previstas en el CEDH y en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Con posterioridad a la *Sentencia Rabimi*, el Tribunal ha vuelto a recordar las obligaciones que derivan de la Convención de los Derechos del Niño en *Muskadzhziyeva y otros c. Bélgica*, cit., donde el Tribunal recuerda que el artículo 22 de este Tratado obliga a los Estados a adoptar las medidas de protección oportunas cuando un menor, ya se encuentre solo o acompañado de sus padres, solicite asilo (párrafo 62).

Subrayar a estas alturas el carácter vinculante que los Tratados internacionales tienen, no debiera ser necesario. Sin embargo, por sorprendente que parezca (y es una de las razones que nos han movido a elaborar este trabajo), la UE y el Consejo de Europa, a comienzos de la segunda década del siglo XXI, han debido recordar a sus miembros la obligación de cumplir con estos compromisos en relación con los menores extranjeros no acompañados, denunciando el incumplimiento que del art. 37 CDN en la práctica se observa.

Por lo que a la UE se refiere, la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, así lo hace; y la Directiva 2008/115/CE igualmente recuerda que a los menores internados se les debe dar la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, así como el derecho a la educación cuando la duración de la estancia lo permita⁴². Más recientemente, en el *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*⁴³, la Comisión Europea también ha recordado que las normas de la CDN deben de presidir cualquier acción relativa a un menor, advirtiendo de la necesidad de que en el marco de la UE, los problemas en relación con los menores sean abordados a partir de un enfoque común que debiera partir del «respeto de los derechos del niño, tal como han sido reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en la CDN, y especialmente del principio del «interés superior del menor», que debe ser la consideración principal de toda acción emprendida por las autoridades en relación con los menores». Subraya la Comisión que «es fundamental asegurar que cualquier menor que necesite protección la reciba y que, independientemente de su estatuto de inmigrante, de su nacionalidad o de sus orígenes, todos los menores sean tratados, en principio y ante todo, como menores». En esta dirección se advierte la conveniencia de reforzar la cooperación entre la UE y los países de origen y de tránsito de estos menores, y la necesidad de contar a este propósito con la colaboración de las organizaciones especializadas de la sociedad civil y de las organizaciones internacionales⁴⁴.

En el marco del Consejo de Europa, la Resolución 1810 (2011)⁴⁵ de la Asamblea Parlamentaria reconoce que a pesar de que diversos órganos y organismos de Derecho internacional se han pronunciado en contra de la detención de los menores no acompañados, ésta es una práctica común en los Estados miembros del Consejo de Europa, donde los menores son con frecuencia detenidos junto con los adultos, sin que se les asesore jurídicamente o de ningún otro modo. A este respecto, el noveno de los quince principios comunes que este documento relaciona, invitando a los Estados parte a ponerlos en práctica, vuelve a insistir en que la detención de menores no acompañados por razones relativas a la inmigración no debiera permitirse, salvo que ninguna otra medida menos radical

42 Directiva 2008/115/CE, cit.

43 Véase el apartado 39 del *Plan de Acción*, cit. En este sentido también, el art. 2.3 de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, cit. En cuanto a la posibilidad de ordenar el internamiento de un menor extranjero no acompañado a la espera de su expulsión, el art. 17 de la Directiva 2008/115/CE ordena que tal decisión se contemple como medida de último recurso y por el menor tiempo posible (apartado primero); que si así fuera necesario, el menor sea alojado en una institución con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de la edad (apartado cuarto); y que en cualquier caso, el interés del menor habrá de ser una consideración de primer orden a la hora de adoptar esta medida (apartado 5). El apartado tercero se refiere al derecho a la educación y al ocio.

44 *Plan de Acción sobre los menores no acompañados (2010 - 2014)*, cit.

45 Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit.

fuera posible. En este último caso, el menor debiera quedar ingresado en un Centro acondicionado para menores, nunca en los mismos Centros o en las mismas condiciones que los adultos. Con anterioridad ya se había pronunciado en este sentido la Resolución de la Asamblea 1707 (2010), de 28 de enero, sobre detención de solicitantes de asilo o de inmigrantes irregulares. Al efecto, la Recomendación 1985 (2011), también de la Asamblea Parlamentaria, propone la elaboración de algo parecido a un «documento base» o a una «guía de buenas prácticas» que pudiera ayudar a armonizar la legislación de todos los Estados parte en relación con las condiciones de la detención de los menores⁴⁶.

Las mismas circunstancias que el Tribunal tomó en consideración para concluir que la detención de Rahimi había supuesto una violación del art. 3 del CEDH también fueron utilizadas para declarar la lesión del párrafo primero del art. 5 del CEDH: aún cuando el Tribunal admite que no fue excesivo el tiempo que duró la detención (48 horas), las autoridades griegas en absoluto valoraron ni la edad del menor, ni la circunstancia de que se encontraba solo, sino que ordenaron el ingreso de manera automática, ignorando por completo la fuerza que el principio del interés superior del menor tiene (art. 3 CDN), y despreciando la advertencia de que sólo con carácter excepcional se ha de adoptar esta medida (art. 37 letra b) del CDN)⁴⁷. Además, el Tribunal consideró que por las siguientes tres razones también se había conculcado el art. 5.4 del CED: porque el chico había sido registrado como si estuviera acompañado por un familiar (por un primo), cuando realmente no lo estuvo; porque la orden de detención y deportación se le había comunicado en un idioma que Rahimi no entendía, cercenando toda posibilidad de defensa; y porque durante todo el proceso ni se le asignó tutor, ni recibió asesoramiento legal ni de ningún tipo⁴⁸.

En relación con las irregularidades que en la práctica se observan, anotemos por último que el cuarto informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptado el 7 de diciembre de 2010 y publicado el 8 de febrero de 2011, exhorta a las autoridades españolas para que se respete el derecho internacional y los derechos de los niños principalmente en relación con la obligación de asistir a los menores no acompañados sujetos a repatriación de un representante legal independiente, y de informarles de su derecho a solicitar asilo (apartados 169 a 175). Es un toque de atención que advierte sobre la distancia entre la teoría y la práctica.

IV. EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN ABIERTA Y FINALISTA QUE DEL CONVENIO HACE LA SENTENCIA *RAHIMI C. GRECIA* Y SOBRE LA TAREA QUE AÚN QUEDA PENDIENTE

Aparte de las condiciones inhumanas en las que el menor estuvo detenido (calificadas por el Tribunal de horribles y espantosas), lo verdaderamente novedoso del caso

46 Recomendación 1985 (2011) del Comité de Migración, Refugiados y Migración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit..

47 *Rahimi c. Grecia*, cit., párrafos 86, 109 y 110.

48 El Tribunal confirma que aún cuando el Ministerio Público debiera actuar como guardian de los derechos de los menores, en la práctica no interviene en los procedimientos relativos a menores inmigrantes (párrafo 89). En el párrafo 93 recuerda que en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit., párrafo 236, ya se denunció la precaria y frágil situación en la que se encuentran los solicitantes de asilo en Grecia, y la pasividad de las autoridades de aquel país para abordar este problema. Véase también en *Rahimi* los párrafos 120 y 121.

Rabimi c. Grecia es que la Corte haya considerado como trato inhumano o degradante que el menor quedara sin asistencia una vez que fue puesto en libertad, ya dictada la orden de expulsión. Nunca antes el Tribunal había llegado a esta conclusión, nunca antes el Tribunal había advertido que la minoría de edad es una circunstancia de relevancia a tener en cuenta no sólo antes y durante la detención, como la *Sentencia Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica* (2006) había subrayado, sino también después. El menor no debiera haber quedado en desamparo al salir del Centro de internamiento⁴⁹.

Sabido es que sobre el TEDH recae en buena medida la responsabilidad de garantizar efectivamente que el Convenio sea un instrumento vivo capaz de responder a las amenazas que cada vez de manera más sofisticada acechan sobre los derechos. La *Sentencia Rabimi*, en el extremo que ahora estamos subrayando, es sin duda un ejemplo de esa interpretación abierta y finalista que para su adaptación a la realidad de los tiempos el Convenio demanda.

Si la letra c) del art. 37 del CDN ordena que «todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que tenga en cuenta las necesidades de las personas de su edad», la *Sentencia Rabimi* advierte que tal obligación no se puede desatender cuando el niño es puesto en libertad. Considerar trato indigno, inhumano o degradante —que lo mismo da— dejar a un menor extranjero no acompañado sin asistencia ni tutela supone un paso más en esta batalla inconclusa que tiene por objetivo salvaguardar efectivamente el carácter universal que de los derechos humanos formalmente predicen Constituciones, Tratados y Convenios internacionales⁵⁰.

⁴⁹ Esta falta de asistencia de todo tipo generó en el menor una lógica preocupación y angustia, reconoce la Corte asumiendo el informe de la organización no gubernamental ARSIS, en el que se señala que el niño llegó a su residencia con una extrema delgadez y con otros problemas como stress y miedo a la oscuridad (*Rabimi c. Grecia*, cit., parágrafos 92, 94 y 95). La Corte asume igualmente el informe del Defensor del Pueblo griego que denuncia que los niños detenidos en el Centro de Pagani son puestos en libertad sin que ninguna medida de tipo asistencial se ordene. La Corte también toma al efecto en consideración el informe titulado «*Let them survive: the systematic failure of the protection of unaccompanied migrant children in Greece*» (Human Rights Watch, 2008), que refleja la precaria situación en la que quedan estos menores cuando son puestos en libertad.

⁵⁰ En relación con la materia que nos ocupa y la necesidad de interpretar el Convenio de acuerdo con los criterios que en la sociedad predominen en cada momento, la *Sentencia K.A.B. c. España*, de 10 de abril de 2012, parágrafo 96, advierte que, dada la mayor protección que los derechos humanos y las libertades públicas hoy merecen, actos que en el pasado fueron considerados como «tratamiento inhumano y degradante» pero no como «tortura», podrían ser calificados de manera diferente en el futuro: «That is why certain acts which were classified in the past as «inhuman and degrading treatment» as opposed to «torture» could be classified differently in the future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies». En este mismo sentido, en *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, cit., parágrafo 48, el Tribunal considera «that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies» (see, *mutatis mutandis*, *Selmouni c. Francia*, de 28 de julio de 1999, parágrafo 101). Al respecto, véase también, *Artico c. Italia*, de 13 de mayo de 1980, parágrafo 33. En cuanto a la concepción del Convenio como un instrumento vivo a interpretar de acuerdo con los criterios que predominen en la sociedad en cada momento («the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions»), véanse entre otras, *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, parágrafo 31; *Soering c. Reino Unido*, 7 de

Los desajustes que en la práctica se observan no obedecen, como hemos visto, a una falta de previsión normativa sino más bien a una falta de voluntad política al más alto nivel⁵¹. Los menores extranjeros no acompañados han de ser tratados como menores no como inmigrantes. Así se deriva del art. 3 de la CDN, y así lo recuerdan los documentos de la UE y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que hemos ido citando⁵². Que en 2011 se haya debido recordar que en relación con los menores las políticas europeas en materia de inmigración han de estar preocupadas más por la protección que por el control, prueba fehacientemente la (falta de) atención que hasta la fecha a los menores extranjeros no acompañados se les ha prestado⁵³.

El respeto de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona, con independencia de la regularidad o no de su situación administrativa, es un principio rector de las políticas europeas que debe de ir seguido de acciones concretas. Hay que implementar los procedimientos necesarios para que las directrices y recomendaciones de las directivas, resoluciones e informes aprobados en los últimos años dejen de ser más que buenas intenciones. Hoy existe una clara conciencia que milita a favor de la universalización de los derechos humanos sin discriminación alguna. Pero se trata dar un paso más.

Hemos comenzado este trabajo advirtiendo que el número de menores extranjeros en Europa se ha incrementado en los últimos años. Probablemente en los próximos se consolidará esta tendencia, pues la política y la economía globalizada están polarizando los extremos. Son estas desigualdades las que hacen imparable un fenómeno que es fruto de la necesidad más imperiosa. Si entre los valores que inspiran a la Unión Europea y al Consejo de Europa, el respeto a los derechos fundamentales de la persona ocupa un

Julio de 1989, parágrafo 102; *Loizidou c. Turquía*, 23 de marzo de 1995, parágrafo 71; *Selmouni c. Francia*, 28 de julio de 1999, parágrafo 101; *Scovazzi y Giunta c. Italia*, de 13 de julio de 2000, parágrafo 138.

51 Recuerda la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas COM(2006) 367 Final, cit., epígrafe I.4, que en el periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la infancia (2003) ya se subrayó que existe una enorme diferencia entre las buenas intenciones de los tratados internacionales y las condiciones de vida reales, la pobreza, el abandono y la explotación que están obligados a soportar millones de niños en todo el mundo. A pesar de los progresos realizados en algunos ámbitos, queda mucho camino por recorrer [Declaración de la UE en la 57.ª reunión del periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003.]. Véase también el apartado 6.1.7 del Programa de Estocolmo, cit.; y las Directivas 2008/115/CE, y 2003/9/CE, cits.. Por su parte, el TEDH en varias ocasiones también ha recordado que los niños debieran ser objeto de una especial protección, especialmente cuando son inmigrantes ilegales no acompañados.

52 Véase el art. 18.1 de la Directiva 2003/9/CE, cit., que también subraya que el interés superior del menor debe ser la consideración básica a la hora de aplicar esta directiva a los menores; y la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit. (en el mismo sentido la Recomendación 1985(2011) del Comité de Migración, Refugio y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit., y el punto 5.1 del doc. núm. 12539 del Consejo de Europa, de 23 de marzo de 2011, cit.).

53 Véase el apartado 5 de la Resolución 1810 (2011) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cit.. El apartado tercero de esta Resolución recuerda que la Recomendación 1596 (2003) sobre la situación de los jóvenes migrantes en Europa, y la Recomendación 1703 (2005) sobre protección y asistencia para menores solicitantes de asilo ya expresaron su preocupación por que el principio del interés superior del menor sea efectivamente la consideración primordial a la hora de tomar cualquier decisión en relación con un menor, advirtiendo sobre la conveniencia de armonizar las leyes nacionales relativas a la guarda legal de los menores y de establecer regímenes coherentes y efectivos para los menores solicitantes de asilo o víctimas del tráfico de seres humanos. La Asamblea reconoce que «lamentablemente, poco se ha avanzado en este terreno». Véase también el Sumario del documento núm. 12539 (2011), cit.

lugar principal, la reconocida extrema fragilidad en la que quedan estos menores cuando llegan a nuestros territorios exige un empeño mayor que el que hasta la fecha se ha demostrado.

Más allá de su valor jurídico y de su alcance como instrumento hermenéutico, el CEDH, como cualquier otro documento de carácter constitucional, no establece un camino preciso por el que necesariamente se haya de transitar sino más bien un lienzo donde las posibilidades del legislador sólo están limitadas por el marco que representan los preceptos, principios y valores expresados en el propio documento. La jurisprudencia del TEDH, citada a menudo por el Tribunal de Justicia de la Unión, ayuda a construir esa Europa de los derechos, pero no es suficiente. Además se precisa de una voluntad política clara y determinante.

El nivel de exigencia creciente en materia de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales implica paralelamente y de modo ineluctable una mayor exigencia en la apreciación de los atentados contra los valores fundamentales de las sociedades democrática. Los derechos son fruto de un proceso progresivo de reconocimiento, y la Sentencia *Rabimi* representa un paso más en esa cronología. A partir de ella, jueces y autoridades administrativas tienen, si cabe, más claro que dejar en desamparo a un menor extranjero, dictada la orden de expulsión, representará un trato degradante o inhumano.

TITLE: *The detention of foreigners unaccompanied children in Europe. Considerations around Rabimi vs. Greece (ECHR, 2011).*

ABSTRACT: *The European Union and the Council of Europe have reminded its Member States that it is necessary to improve the protection of unaccompanied foreign minors. In particular, we are going to study in this paper the rights of detainees. Concerning this matter, we consider of a remarkable interest the rule of the European Court of Human Rights in Rabimi v. Greece (2011): it has been the first time that the Court has considered as a violation of Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR) when an unaccompanied minor is neglected by national authorities after being released without any kind of protection from a detention center. At the same time, the documents that in this paper we have studied —approved from 2010 to 2012— explicitly recognize that in Europe have not yet been adopted the measures required to protect effectively the rights recognized in the UN Convention on the Rights of the Child (1989), and that it is necessary to promote the adoption of procedures to safeguard the administrative and judicial protection of these children.*

RESUMEN: *La Unión Europea y el Consejo de Europa han recordado recientemente la obligación que tienen sus Estados miembros de mejorar el sistema de garantías respecto de los menores extranjeros no acompañados. En este trabajo nos centramos en los derechos del menor detenido. Nos anima a ello la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Rabimi c. Grecia (2011), que por vez primera califica como trato inhumano o degradante no asistir a un menor cuando, dictada la orden de expulsión, éste sale del Centro de internamiento. Al mismo tiempo, en el último trienio, las dos organizaciones anteriormente citadas han reconocido abiertamente el incumplimiento que en la práctica se observa de las obligaciones que se derivan del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la necesidad de articular un procedimiento marco que garantice los derechos de este grupo especialmente vulnerable cuando son detenidos a causa de la irregularidad de su situación administrativa.*

KEY WORDS: *Unaccompanied children in Europe, detention, inhuman or degrading treatment.*

PALABRAS CLAVE: *Menores extranjeros no acompañados en Europa, detención, tratos inhumanos o degradantes.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 01.07.2013. FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.