

María Dolores Requena de Torre

Investigadora predoctoral contratada FPU
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad de Granada
lolarequena@ugr.es

24/02/2021

EXPULSIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y OTRAS CUESTIONES A RAÍZ DE LA STJUE DE 14 DE ENERO DE 2021

En la sentencia a comentar el Tribunal de Justicia de la Unión resuelve algunas cuestiones de máximo interés en relación con la expulsión de menores extranjeros no acompañados en situación irregular.

El asunto concreto versa sobre la expulsión de TQ de Holanda. Un menor no acompañado, que nació en Guinea el 14 de febrero del 2002, vivió desde su más tierna infancia en Sierra Leona con su tía y que, a la muerte de esta, llegó clandestinamente a Europa. La fecha en la que TQ llegó a Holanda es indeterminada, pero declaró que en Ámsterdam había sido víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual provocándole trastornos psíquicos.

El 30 de junio de 2017 TQ, al que se le había denegado la protección internacional, solicitó el permiso de residencia por tiempo limitado para solicitante de asilo en virtud de la ley holandesa de extranjería del año 2000¹. Y es que, a tenor de la citada norma, “al examinar la primera solicitud de asilo y en el caso de que no pueda concederse al extranjero el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria, se examinará de oficio si procede concederle un permiso de residencia por tiempo determinado”.

El 23 de marzo de 2018, el Secretario de Estado resolvió que TQ, que entonces tenía 16 años y un mes, no tenía derecho a un permiso de residencia por tiempo determinado. Y, aunque según la normativa holandesa la resolución por la que se desestima la solicitud de asilo tiene fuerza de decisión de retorno, se autorizó el aplazamiento provisional de la salida de TQ, con arreglo al

¹ En virtud del artículo 14, apartado 1, de la Ley de Extranjería de 2000: “El Ministro será competente para: a) estimar, denegar o inadmitir a trámite la solicitud de concesión de un permiso de residencia por tiempo determinado; [...] e) conceder de oficio un permiso de residencia por tiempo determinado o prorrogar la validez de tal permiso[...]». En relación con el artículo 3.6a del Reglamento de Extranjería de 2000: “«1 En caso de denegación de la primera solicitud de concesión de un permiso de residencia por tiempo determinado como asilado, podrá acordarse de oficio la concesión de un permiso de residencia ordinario por tiempo determinado: a) al ciudadano extranjero cuya expulsión sería contraria al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; o b) en el marco de una restricción por motivos humanitarios temporales, al ciudadano extranjero que sea víctima declarante, víctima o testigo declarante de trata de seres humanos, según se contempla en el artículo 3.48, apartado 1, letras a), b) o c)”.

artículo 64 de la Ley de 2000, durante un plazo máximo de seis meses hasta que la Oficina de Asesoramiento Médico de Países Bajos hubiera realizado el reconocimiento médico necesario para comprobar si el estado de salud de TQ permitía su expulsión.

El 16 de abril de 2018, TQ se dirigió al Tribunal de Primera Instancia de la Haya para recurrir la resolución denegatoria de marzo. Y paralelamente, el 18 de junio de 2018, el Secretario de Estado declaró que no se concedía a TQ ningún aplazamiento de la expulsión por razones médicas, imponiéndole una obligación de salida en el plazo de cuatro semanas. Resolución ante la cual TQ presentó un nuevo recurso administrativo que fue posteriormente desestimado por el Secretario de Estado el 27 de mayo de 2019.

A lo largo del procedimiento el menor alegó: 1º Que no sabía la residencia de sus padres y que, a su vuelta, tampoco sería capaz de reconocerlos. 2º Que no conoce a ningún otro miembro de su familia, si es que los hubiera. 3º Que no puede volver a su país de origen porque ni ha vivido ni conoce a nadie allí, y que no habla el idioma. 4º Que para él, su familia es la familia de acogida con la que vive en los Países Bajos. Y además, el órgano jurisdiccional remitente señaló que las conversaciones mantenidas regularmente entre el Servicio de Devoluciones y Salidas con TQ a fin de prepararle para regresar a su país de origen habían provocado en el joven un aumento de los trastornos psiquiátricos que padece.

En tales circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia de La Haya debía resolver el recurso presentado por TQ en abril de 2018 frente a la resolución por la que el Secretario de Estado había denegado su solicitud de un permiso de residencia por tiempo determinado. Sin embargo, el Tribunal albergaba dudas en cuanto a la conformidad con el Derecho de la Unión de la normativa neerlandesa, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una serie de cuestiones prejudiciales.

Sus dudas recaían principalmente en la distinción realizada por la normativa holandesa entre los menores no acompañados que tengan más de 15 años y aquellos que tengan menos de 15 años.

En concreto, el apartado B8/6.2.1. de la Circular sobre Extranjería de 2000 establece que:

“Podrá concederse de oficio un permiso de residencia ordinario por tiempo limitado sin efectuar examen cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- El extranjero tiene menos de 15 años de edad en el momento en que presenta la primera solicitud de concesión de residencia;
- Las declaraciones hechas por el extranjero en relación con su identidad, nacionalidad, padres y otros miembros de su familia son verosímiles;
- De las declaraciones del extranjero se deduce que ningún miembro de su familia ni ninguna otra persona podría ofrecerle una acogida adecuada y un hogar al que pudiera volver;
- Durante el procedimiento, el extranjero no ha obstaculizado la investigación sobre sus posibilidades de ser acogido en su país de origen o en otro país;
- Es notorio, con carácter general, y presumible, a corto plazo, que en el país de origen o en otro país al que el extranjero podría razonable volver no se dan las condiciones para una acogida adecuada. En esta situación, se supone que el Servicio de Devoluciones y Salidas, Ministerio de Justicia, Países Bajos no estará en condiciones de encontrar una forma de acogida adecuada en el plazo de tres años.»

Es decir, la normativa holandesa establece, en relación con los menores no acompañados que tengan menos de 15 años de edad, la obligación de llevar a cabo una investigación sobre la existencia de una acogida adecuada en el país de destino antes de dictar una decisión de retorno. De tal manera que si no existe tal acogida adecuada, se ha de conceder al menor de 15 años no acompañado un permiso de residencia ordinario (política llamada de *«buitenschuld-beleid»*). Sin embargo, a aquellos menores que tengan 15 años o más, como era la situación de TQ, este control sobre las condiciones de acogida es posteriores al dictamen de la decisión de retorno. Cuando ya pesa sobre el menor la obligación de retornar. De tal manera que, en el caso concreto, tras denegar la protección internacional, el órgano jurisdiccional indicó que el solicitante tenía 15 años y cuatro meses cuando presentó su solicitud de asilo. Por tanto, no solo no tiene derecho a ese permiso de residencia especificado en la citada Circular sobre Extranjería de 2000, sino que el Derecho neerlandés impone la obligación legal

de abandonar el territorio puesto que la resolución por la que se desestima la solicitud de asilo tiene fuerza de decisión de retorno. Aunque no se haya realizado antes de esta imposición ningún examen de las condiciones de acogida que recibirá en el país de retorno.

Esta diferenciación que hace la norma holandesa supone que a los menores no acompañados que tienen más de 15 años se les impone una obligación de retorno. No obstante, puesto que no puede darse cumplimiento a dicha orden de expulsión a falta de una certeza sobre las condiciones de acogida, se ha normalizado una práctica administrativa nacional por la que el Estado renuncia a aplicar medidas concretas de expulsión contra estos menores no acompañados, a pesar de haberse adoptado una decisión de retorno en su contra. Es decir, el menor de 15 años sobre el que pesa una orden de retorno está en una situación irregular pero tolerada por la propia Administración que espera hasta la mayoría de edad del joven para proceder a la expulsión ya sin garantía alguna de la acogida. Lo que se planteaba el órgano judicial remitente es si este proceder supone un trato menos favorable para los menores no acompañados de más de 15 años; si esta interpretación de la Directiva resulta coherente con el interés superior del niño que el Derecho de la Unión ordena priorizar; y si es compatible la referida práctica nacional con las exigencias de eficacia y el deber de lealtad.

En este sentido el Tribunal de Primera Instancia de La Haya formuló ante el Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse la normativa europea² en el sentido de que antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, un Estado miembro debe cerciorarse, y llevar a cabo una investigación al efecto, de que en el país de origen existe y se brinda, cuando menos en principio, una acogida adecuada?
- 2) ¿Debe interpretarse la normativa europea³, en el sentido de que no se permite a un Estado miembro establecer distinciones por razón de la edad al autorizar la residencia legal en su territorio si se comprueba que un menor no acompañado no disfruta del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria?
- 3.1) ¿Debe interpretarse la normativa europea⁴ en el sentido de que, si un menor no acompañado no cumple su obligación de retorno y el Estado miembro no realiza ni realizará ninguna actuación concreta para proceder a su expulsión, deberá suspenderse la obligación de retorno y, por lo tanto, autorizarse la residencia legal?
- 3.2) ¿Debe interpretarse la normativa europea⁵ en el sentido de que la imposición de una decisión de retorno a un menor no acompañado sin que se proceda a continuación a las actuaciones dirigidas a su expulsión hasta que el menor haya alcanzado los 18 años de edad debe considerarse contraria al principio de cooperación leal y al principio de lealtad [...]?»

Y respondiendo a estas preguntas el TJUE concluyó:

1. Que antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, el Estado miembro de que se trate debe realizar una apreciación general y exhaustiva de la situación de este menor, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. En este contexto, dicho Estado miembro debe cerciorarse de que en el Estado de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el menor no acompañado.
2. Que un Estado miembro no puede distinguir entre los menores no acompañados únicamente en función del criterio de su edad para comprobar si existe una acogida adecuada en el Estado de retorno.
3. Que un Estado miembro no puede adoptar una decisión de retorno contra un menor no acompañado sin proceder posteriormente a su expulsión hasta que cumpla los 18 años.

Estamos ante un caso de máximo interés para la protección de los menores no acompañados en la Unión Europea. Un colectivo especialmente vulnerable cuya protección

² En concreto el artículo 10 de la Directiva [2008/115], en relación con los artículos 4 y 24 de la [Carta], el considerando 22 de la exposición de motivos y el artículo 5, letra a), de la Directiva [2008/115], y el artículo 15 de la Directiva [2011/95/UE].

³ En concreto el artículo 6, apartado 1, de la Directiva [2008/115], en relación con el artículo 21 de la Carta. ⁴ En concreto el artículo 6, apartado 4, de la Directiva [2008/115].

⁴ En concreto el artículo 6, apartado 4, de la Directiva [2008/115].

⁵ En concreto el artículo 8, apartado 1, de la Directiva [2008/115].

viene confrontada por su condición migratoria. La sentencia a comentar supone una oportunidad para examinar estatuto jurídico de los menores no acompañados, y la gran incertidumbre que rodea al mismo. Por otra parte, permitirá discutir algunos conceptos de sobra conocidos, pero cuyos límites y contenido no resultan sencillos de señalar.