



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PRIIT PIKAMÄE
presentadas el 2 de julio de 2020¹

Asunto C-441/19

TQ
contra
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid

[Petición de decisión prejudicial planteada por el rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Hertogenbosch, Países Bajos)]

«Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Directiva 2008/115/CE — Artículo 5, letra a) — Artículo 6, apartados 1 y 4 — Artículo 8, apartado 1 — Artículo 10 — Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular — Decisión de retorno — Expulsión de los menores no acompañados — Comprobación de la existencia de servicios de acogida adecuados en el país de origen — Distinción en función de la edad del menor — Decisión de retorno no seguida de medidas de expulsión — Consecuencias»

I. Introducción

1. En el presente asunto, cuyo objeto es una petición de decisión prejudicial presentada en virtud del artículo 267 TFUE, el rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Hertogenbosch, Países Bajos) formula al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 4, 21 y 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), de los artículos 5, letra a), 6, apartados 1 y 4, 8, apartado 1, y 10 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,² así como del artículo 15 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a la protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.³

2. Esta petición ha sido presentada en marco de un litigio entre TQ, que es un menor no acompañado nacional de un tercer país en situación irregular, y el Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Secretario de Estado de Seguridad y de Justicia, Países Bajos; en lo sucesivo, «Secretario de Estado»), cuyo objeto es una decisión de retorno adoptada contra ese menor. Mediante su petición de decisión

¹ Lengua original: francés.

² DO 2008, L 348, p. 98.

³ DO 2011, L 337, p. 9.

prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente quiere fundamentalmente que se dilucide si la práctica administrativa actualmente en vigor en los Países Bajos en relación con el trato que se da a los menores no acompañados que no tienen derecho a ningún tipo de protección internacional es conforme con el Derecho de la Unión.

3. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia una ocasión para delimitar el alcance de las obligaciones de los Estados miembros con respecto a esa categoría de personas vulnerables, en particular la que consiste en garantizar que todo menor no acompañado sea entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno. Así, el Tribunal de Justicia habrá de recordar la importancia que reviste el interés superior del menor en el marco de la adopción de resoluciones administrativas que afectan al estatuto de su estancia. El Tribunal de Justicia también tendrá que asegurarse de que la política instaurada por la Unión en relación con la expulsión y la repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de los Estados miembros no se vea comprometida en lo tocante a la eficacia, sobre todo en una época en la que los flujos migratorios hacia Europa aumentan sensiblemente. En la medida en que la eficacia de otra política importante de la Unión, la relacionada con el asilo, se mide en función del éxito obtenido en la tarea de proteger a los que más lo necesitan, la interpretación que el Tribunal de Justicia dé a las disposiciones pertinentes deberá permitir que la Unión y sus Estados miembros destinen los recursos personales y materiales necesarios para responder a sus necesidades.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Carta

4. El artículo 21, apartado 1, de la Carta dispone:

«Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.»

5. A tenor del artículo 24 de la Carta:

«1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.»

2. Directiva 2008/115

6. El considerando 22 de la Directiva 2008/115 enuncia:

«En consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, el “interés superior del niño” debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva. De conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el respeto de la vida familiar debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva.»

7. El artículo 1 de la referida Directiva, titulado «Objeto», dispone:

«La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.»

8. El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Ámbito de aplicación», establece lo siguiente en su apartado 1:

«La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.»

9. El artículo 3, punto 9, de esa Directiva contiene la siguiente definición:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

9) “personas vulnerables” los menores, los menores no acompañados, las personas discapacitadas, los ancianos, las mujeres embarazadas, los padres solos con hijos menores y las personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual.»

10. El artículo 5 de la Directiva 2008/115, titulado «No devolución, interés superior del niño[,] vida familiar y estado de salud», dispone:

«Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta:

- a) el interés superior del niño,
- b) la vida familiar,
- c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate,

y respetarán el principio de no devolución.»

11. El artículo 6 de esa Directiva, titulado «Decisión de retorno», tiene la siguiente redacción en sus apartados 1 y 4:

«1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

[...]

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el período de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.»

12. El artículo 8 de dicha Directiva, titulado «Expulsión», enuncia, en su apartado 1:

«Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7.»

13. El artículo 9 de la misma Directiva, titulado «Aplazamiento de la expulsión», establece, en su apartado 1:

«Los Estados miembros aplazarán la expulsión:

[...]

b) mientras se le otorgue efecto suspensivo de acuerdo con el artículo 13, apartado 2.»

14. El artículo 10 de la Directiva 2008/115, titulado «Retorno y expulsión de menores no acompañados», dispone:

«1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.

2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.»

3. Directiva 2011/95

15. El artículo 1 de la Directiva 2011/95, titulado «Objeto», enuncia:

«El objeto de la presente Directiva es el establecimiento de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.»

16. El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Definiciones», establece, en su letra f):

«f) “persona con derecho a protección subsidiaria”: un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplica el artículo 17, apartados 1 y 2, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país».

17. El artículo 15 de dicha Directiva, relativo a los requisitos atinentes a la protección subsidiaria, titulado «Daños graves», dispone:

«Constituirán daños graves:

a) la pena de muerte o la ejecución, o

b) la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o

- c) las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno.»

4. Directiva 2013/33/UE

18. La Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional,⁴ recoge disposiciones en materia de asilo.

19. El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Definiciones», establece lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

[...]

d) “menor”: el nacional de un tercer país o apátrida menor de 18 años;

e) “menor no acompañado”: el menor que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo, conforme a la ley o a la práctica del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él; este concepto incluye al menor que deja de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros;

[...]»

20. El artículo 24 de la citada Directiva, titulado «Menores no acompañados», dispone, en su apartado 3:

«Los Estados miembros iniciarán cuanto antes la búsqueda de los miembros de la familia de los menores no acompañados con la asistencia, en su caso, de las organizaciones internacionales u otras organizaciones competentes, una vez formulada la solicitud de protección internacional y respetando el interés superior del menor. [...]»

B. Derecho neerlandés

21. El artículo 14, apartado 1, de la wet tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet (Ley de reforma general de la Ley de Extranjería), de 23 de noviembre de 2000 (Stb. 2000, n.º 495; en lo sucesivo, «Ley de Extranjería de 2000»), enuncia:

«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;

[...]»

⁴ DO 2013, L 180, p. 96.

22. El artículo 64 de dicha Ley establece lo siguiente:

«Se aplazará la expulsión mientras el estado de salud del extranjero o de un miembro de su familia no les permitan viajar.»

23. El artículo 3.6a del Vreemdelingenbesluit 2000 (Reglamento de Extranjería de 2000) dispone:

«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).

[...]

4 Se concederá el permiso de residencia con arreglo al primer motivo aplicable previsto en el apartado 1.

[...]»

24. A tenor del apartado B8/6.2.1. de la Vreemdelingencirculaire 2000 (Circular sobre Extranjería de 2000):

«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 Dienst Terugkeer en Vertrek (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.»

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

25. TQ ha declarado que nació el 14 de febrero de 2002 en Guinea.

26. Según refiere en su solicitud de asilo, desde su más tierna infancia fue a vivir con su tía a Sierra Leona. Afirma que, tras fallecer esta, entró en contacto con un hombre procedente de Nigeria que lo llevó a Europa. Relata que, en Ámsterdam (Países Bajos), fue víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual, a raíz de lo cual sufre, en la actualidad, graves trastornos psíquicos.

27. TQ, que es un menor no acompañado, presentó una solicitud de permiso de residencia por tiempo limitado para solicitante de asilo, al amparo de la Ley de Extranjería de 2000.

28. Mediante resolución de 23 de marzo de 2018, el Secretario de Estado desestimó por infundada la solicitud, declarando, de oficio, que TQ no tenía derecho a un permiso de residencia por tiempo limitado en virtud del artículo 14, apartado 1, de la Ley de Extranjería de 2000, en relación con el artículo 3.6a del Reglamento de Extranjería de 2000. En esta resolución, se autorizó el aplazamiento provisional de la salida de TQ, con arreglo al artículo 64 de la Ley de Extranjería de 2000, durante un plazo máximo de seis meses, o, si se adoptaba una resolución de oficio, durante un plazo inferior, hasta que el Bureau Medische Advisering (Consultorio Médico del Ministerio de Seguridad y Justicia, Países Bajos) hubiera realizado el reconocimiento médico necesario para comprobar si su estado de salud permitía su expulsión.

29. El 16 de abril de 2018, TQ interpuso recurso contra la mencionada resolución ante el rechtbank Den Haag, zittingsplaats's-Hertogenbosch (Tribunal de La Haya, sede de Hertogenbosch), el órgano jurisdiccional remitente.

30. Mediante resolución de 18 de junio de 2018, el Secretario de Estado declaró que no se concedía a TQ ningún aplazamiento de la salida del país por razones médicas, imponiéndole una obligación de salida en el plazo de cuatro semanas. TQ presentó una reclamación contra dicha resolución, que, en la fecha en que el órgano jurisdiccional remitente adoptó la resolución de remisión, aún no había sido resuelta por el Secretario de Estado.

31. El órgano jurisdiccional remitente señala que la Ley de Extranjería de 2000 establece que, al examinar la primera solicitud de asilo y en el caso en el 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 ordinario. Esa Ley también dispone que la resolución por la que se desestima la solicitud de asilo tiene fuerza de decisión de retorno.

32. Según el órgano jurisdiccional remitente, la Circular sobre Extranjería de 2000 establece, en relación con los menores no acompañados que tengan menos de 15 años de edad, la obligación de llevar a cabo una investigación en relación con la existencia de una acogida adecuada en un país de retorno. Si no existe tal acogida adecuada, se ha de conceder al menor no acompañado un permiso de residencia ordinario (política llamada de «*buitenschuld-beleid*»).

33. En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente considera que TQ no tiene derecho a que se le conceda el estatuto de refugiado ni la protección subsidiaria. En cuanto al permiso de residencia ordinario, dicho órgano jurisdiccional indica que TQ tenía 15 años y cuatro meses cuando presentó su solicitud de asilo. Explica que, en tal supuesto, el Derecho neerlandés impone la obligación legal de abandonar el territorio de los Estados miembros sin tener que asegurarse de que será acogido de forma adecuada en el país de origen o en otro lugar fuera de la Unión.

34. El órgano jurisdiccional remitente expresa sus dudas sobre la pertinencia de la distinción entre los menores que tienen menos de 15 años y los que tienen más de 15 años, invocando el interés superior del niño. A la vista del artículo 3 de la Directiva 2008/115, que califica a los menores no acompañados de «personas vulnerables», dicho órgano jurisdiccional considera que no es posible que el legislador de la Unión haya tenido la intención de dejar de exigir que se preste asistencia al menor, teniendo debidamente en cuenta su interés superior, una vez adoptada la decisión de retorno.

35. En el caso de autos, TQ alega que no sabe donde residen sus padres ni si podría reconocerlos al volver. Dice que no conoce a ningún otro miembro de su familia y que ni siquiera sabe si existen. Alega que no puede volver a su país de origen porque no ha vivido ni conoce a nadie allí, y que no habla el idioma de dicho país. TQ ha declarado que, para él, su familia es la familia de acogida con la que vive en los Países Bajos.

36. El órgano jurisdiccional remitente subraya que, en caso de desestimación de la solicitud de asilo, la estancia del solicitante en el territorio de los Países Bajos es ilegal. Menciona la circunstancia de que el Servicio de Devoluciones y Salidas, que se encarga de la devolución de personas en esa situación, se ha entrevistado periódicamente con TQ para prepararlo para el regreso a su país de origen, lo cual ha aumentado sus trastornos psiquiátricos.

37. El órgano jurisdiccional remitente subraya que, mientras no se haya realizado la investigación sobre la existencia de servicios de acogida, el Secretario de Estado no expulsa a un solicitante de asilo si es menor. Por lo tanto, parece que, en la práctica, el Secretario de Estado espera a que el solicitante de asilo alcance la edad de dieciocho años y sea mayor de edad legalmente, lo cual conlleva que ya no se exija la investigación a que se refiere el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115.

38. Según el órgano jurisdiccional remitente, el Secretario de Estado no puede imponer una obligación de retorno, decidiendo así que la prórroga de la residencia es irregular, sin adoptar, a continuación, una medida de expulsión y limitándose a esperar a que el solicitante cumpla la mayoría de edad.

39. El órgano jurisdiccional remitente añade que el Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) nunca ha contestado a las cuestiones jurídicas que se suscitan en el presente asunto ni las ha planteado al Tribunal de Justicia a través de una cuestión prejudicial.

40. En estas circunstancias, el rechtbank Den Haag, zittingsplaats's-Hertogenbosch (Tribunal de La Haya, sede de Hertogenbosch), ha resuelto suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 10 de la Directiva 2008/115/CE, 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 de retorno, y el artículo 15 de la Directiva 2011/95/UE, en el sentido de que antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, un Estado miembro debe cerciorarse y, a continuación, investigar si en el país de origen existe y se brinda, cuando menos en principio, una acogida adecuada?
- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, en relación con el artículo 21 de la Carta, 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) a) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115 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?
- b) ¿Debe interpretarse el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 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 dieciocho años de edad debe considerarse contraria al principio de cooperación leal y al principio de lealtad del Derecho de la Unión?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

41. La resolución de remisión, fechada el 12 de junio de 2019, llegó a la Secretaría del Tribunal de Justicia ese mismo día.

42. El órgano jurisdiccional remitente solicitó al Tribunal de Justicia que la cuestión prejudicial se tramitara por el procedimiento prejudicial de urgencia, con arreglo al artículo 107, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

43. Mediante decisión del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2019, oído el Abogado General, se denegó dicha solicitud.

44. TQ, los Gobiernos neerlandés y belga, así como la Comisión Europea, presentaron observaciones escritas en el plazo establecido en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

45. Mediante diligencia de ordenación del procedimiento de 17 de marzo de 2020, el Tribunal de Justicia dirigió unas preguntas al Gobierno neerlandés para que fueran contestadas por escrito. Las observaciones escritas en respuesta a las preguntas objeto de la diligencia de ordenación del procedimiento se presentaron en el plazo señalado.

V. Análisis jurídico

A. Observaciones preliminares

46. Los menores no acompañados representan un fenómeno creciente en las fronteras exteriores de la Unión.⁵ Cada año llega al territorio de los Estados miembros un importante número de menores sin sus padres o sin un tutor designado solicitando protección internacional.⁶ Debido a su vulnerabilidad, vinculada, entre otros factores, a la falta de capacidad jurídica, a la carencia de personas de referencia o a la falta de madurez y de medios de subsistencia, los menores no acompañados requieren una particular atención por parte de las autoridades competentes en los Estados miembros de acogida.⁷ Consciente de esta situación, el legislador de la Unión ha adoptado varios actos legislativos en materia de asilo y de inmigración que contienen disposiciones que tienen en cuenta las especificidades de esta categoría de personas.⁸ A estos actos se añaden varios actos interpretativos adoptados por la Comisión y por agencias europeas especializadas,⁹ los cuales tienen por objeto facilitar a las autoridades nacionales orientaciones prácticas acerca de la forma correcta de aplicar los actos jurídicos mencionados en sus contextos respectivos.

47. De esta manera, aunque la Directiva 2008/115 se aplica a todos los nacionales de terceros países en situación irregular —incluidos los menores no acompañados—, existen disposiciones legales que imponen a las autoridades nacionales algunas obligaciones, como la mencionada en el artículo 10, apartado 2, de la citada Directiva, a cuyo tenor, «antes de expulsar del territorio de un Estado

5 Véanse el documento «Unaccompanied Minors in the Migration Process», Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), Varsovia, 2010, p. 3, y el manual «VEGA Handbook: Children at airports», Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), Varsovia, 2017, p. 7.

6 Véase el documento «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), 2019, p. 3.

7 Véase el documento «Guidance on reception conditions for unaccompanied children: operational standards and indicators», Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), 2018, p. 7.

8 Véase una breve descripción de los actos jurídicos pertinentes en Requejo Isidro, M.: «The protection of unaccompanied minors asylum-seekers: between competent state and responsible state», n.º 2, octubre de 2017, pp. 485 y ss.

9 A saber, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO), la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA).

miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno». Debido al carácter sensible de los asuntos relativos a los derechos de los refugiados menores de edad y a su complejidad fáctica, puede resultar difícil, en ocasiones, para las autoridades nacionales asegurarse de que han cumplido debidamente sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. Una interpretación incorrecta del alcance de la obligación que impone el Derecho de la Unión de que se trata puede dar lugar a que se establezca, a nivel nacional, una práctica administrativa que resulte inconciliable con el Derecho de la Unión. En ese caso, corresponde al Tribunal de Justicia el papel crucial de aclarar el contenido de dicha obligación a través de la interpretación de las disposiciones pertinentes y permitir, con ello, a las autoridades nacionales corregir su práctica administrativa.

48. Me parece que, en este asunto, el Tribunal de Justicia se enfrenta a una situación de tales características, dado que el órgano jurisdiccional remitente plantea varias cuestiones de carácter fundamental referidas a la obligación impuesta por el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115. El órgano jurisdiccional remitente no oculta sus dudas en cuanto a la manera en que las autoridades neerlandesas cumplen con esa obligación, razón por la que solicita una interpretación de dicha disposición por el Tribunal de Justicia. Como ya se ha señalado en la introducción de las presentes conclusiones, mediante su petición de decisión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que precise en qué fase del procedimiento ante las autoridades nacionales es necesario realizar las averiguaciones dirigidas a determinar la existencia de condiciones de acogida adecuadas en el Estado de retorno. El órgano jurisdiccional remitente también desea saber si un Estado miembro puede establecer una distinción en función de la edad, limitando la obligación de efectuar dichas averiguaciones a los casos relativos a menores que tengan menos de 15 años. Por último, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la conformidad y las consecuencias jurídicas de una práctica administrativa nacional que parece renunciar a aplicar medidas concretas de expulsión contra un menor no acompañado pese a haberse adoptado una decisión de retorno en su contra. Examinaré estas cuestiones siguiendo el orden en que han sido planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

B. Sobre la primera cuestión prejudicial

49. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea fundamentalmente saber si un Estado miembro, antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, debe asegurarse de que el país de origen ofrezca, en principio, una acogida adecuada.

50. Para contestar a esta cuestión, es preciso examinar el artículo 10 de la Directiva 2008/115 por medio de métodos de interpretación reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente la interpretación textual, sistemática y teleológica.¹⁰

51. De entrada, debo señalar que, en principio, sería posible suponer, sobre la base de una simple interpretación textual y aislada del artículo 10 de la Directiva 2008/115, que la obligación que esta impone a las autoridades del Estado miembro de garantizar que el menor no acompañado «será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno» está prevista con la finalidad de aplicarse únicamente cuando ya se haya adoptado una decisión de retorno y las autoridades nacionales procedan a expulsar al menor.

¹⁰ Sentencias de 26 de septiembre de 2018, Baumgartner (C-513/17, EU:C:2018:772), apartado 23, y de 20 de diciembre de 2017, Vaditrans (C-102/16, EU:C:2017:1012), apartado 20.

52. En efecto, podría sostenerse que el artículo 10 de la Directiva 2008/115 distingue dos categorías diferentes de obligaciones, aplicables en las distintas fases del procedimiento, a saber, la fase en que se toma la decisión de retorno y la de expulsión, respectivamente reguladas en los apartados 1 y 2. Sobre la base de esa interpretación, podría afirmarse que la obligación de garantizar que el Estado de retorno ofrezca una acogida adecuada solo se menciona en el apartado 2, que es una disposición que solo se refiere a la fase de expulsión.

53. No obstante, estoy convencido de que tal interpretación del artículo 10 de la Directiva 2008/115 sería errónea, dado que no tendría en cuenta otros elementos interpretativos indispensables, a los que voy a referirme a continuación en el marco de mi análisis.

54. Del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 se desprende claramente que la referida obligación nace *antes* de expulsar al menor, lo que da a entender que el Estado miembro debe, en su caso, cumplirla en una *fase previa* en el procedimiento, e incluso cuando llegue el momento de decidir si procede o no ordenar el retorno del menor. Dicho en otras palabras, la redacción de esta disposición no permite en absoluto llegar a la conclusión de que basta con que las autoridades nacionales se cercioren, durante el procedimiento de expulsión, de que existen unas condiciones de acogida adecuadas en el Estado de retorno.

55. En mi opinión, razones de pura lógica abogan por una interpretación en este sentido, con mayor motivo cuando no se entiende por qué razón el Estado miembro debería ignorar un aspecto fáctico tan importante como la falta de acogida adecuada en el país de origen al adoptar la decisión de retorno, dejando esta comprobación para el último momento del procedimiento. Adoptar una decisión de retorno sabiendo perfectamente que no existe ninguna acogida adecuada en el país de origen equivaldría a adoptar una decisión sabiendo, desde el principio, que no podrá ejecutarse inmediatamente después, so pena de infringir el Derecho de la Unión, especialmente los derechos fundamentales garantizados a cualquier persona que sea objeto de un procedimiento de expulsión y de repatriación.

56. Dicho esto, no debe perderse de vista que la disposición establecida en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 pretende proteger al menor no acompañado en la medida en que evita que sea entregado a un destino incierto en su país de origen. La necesidad de protegerlo, preferiblemente en una *fase inicial del procedimiento*, resulta de su calificación como «persona vulnerable», expresamente reconocida en el artículo 3, punto 9, de la Directiva 2008/115, a que me he referido en mis observaciones preliminares.¹¹

57. La obligación de protección que incumbe a los Estados miembros reviste particular importancia en los casos en que el menor, después de haber solicitado sin éxito el asilo, se enfrenta a un riesgo real de sufrir tratos inhumanos o degradantes en su país de origen, en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2011/95. Deseo recordar que varias disposiciones del Derecho de la Unión en materia de asilo y de inmigración reflejan el compromiso de respetar el principio de no devolución, a saber, el artículo 19, apartado 2, de la Carta, el artículo 78 TFUE, apartado 1, y el artículo 5 de la Directiva 2008/115, por citar tan solo alguno de ellos.

58. En este contexto, debe señalarse que, con arreglo a su considerando 2, la Directiva 2008/115 persigue el objetivo de establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, «para que las personas sean retornadas *humanamente* y respetando plenamente sus *derechos humanos* y su *dignidad*».¹² Este objetivo se plasma asimismo en el artículo 1 de la Directiva 2008/115, en la medida en que dispone que las normas y procedimientos comunes establecidos por la

¹¹ Véase el punto 46 de las presentes conclusiones.

¹² El subrayado es mío. Véanse también las sentencias de 5 de junio de 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320), apartado 38, y de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 31.

citada Directiva deben aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular «de conformidad con los *derechos fundamentales* [tal y como los reconoce el Derecho de la Unión], así como [con el] Derecho internacional, incluidas *las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos*».¹³

59. En mi opinión, es evidente que no es posible interpretar el artículo 10 de la Directiva 2008/115 sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso, dirigidas a proteger los derechos del menor no acompañado, como la contenida en el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115. Esta disposición, que forma parte del capítulo I de la Directiva 2008/115, el cual contiene «disposiciones generales» que han de aplicarse en todas las circunstancias, establece que los Estados miembros *tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño* al aplicar la presente Directiva.¹⁴ Como explicaré con mayor detalle en las presentes conclusiones,¹⁵ la determinación del interés superior del niño se basa en una evaluación individual que tenga en cuenta *diversos factores* relacionados con su situación, incluidas las *condiciones de acogida* imperantes en el país de retorno.

60. El artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115 transpone en el ámbito del Derecho de la inmigración de la Unión la obligación contemplada en el artículo 24 de la Carta que consiste en ofrecer la *protección y los cuidados necesarios para el bienestar de los niños*¹⁶ y en procurar que el interés superior del niño sea una *consideración primordial* en todos los actos relativos a los niños, tanto si los llevan a cabo autoridades públicas como instituciones privadas. Además, ha de recordarse que, con arreglo al artículo 3 TUE, apartado 3, la Unión *fomentará la protección* de los derechos del niño. Habida cuenta de la importancia manifiesta que el Derecho de la Unión concede a la protección del niño, hasta el punto de haberla consagrado en el Derecho primario, procede interpretar el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115 a la luz de las disposiciones de rango superior citadas.

61. A escala del Derecho internacional, el artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los derechos del niño,¹⁷ que, por lo demás, ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la Unión, enuncia que, «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».¹⁸ En virtud del artículo 12, apartado 2, de dicha Convención, «[el niño debe tener la] oportunidad de ser escuchado, *en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño*»,¹⁹ lo cual también incluye cualquier procedimiento de retorno que se siga en relación con un menor no acompañado. Por lo tanto, procede señalar que, aunque la Unión no sea parte en esa Convención, su Derecho interno refleja fielmente sus disposiciones,²⁰ lo cual permite que los Estados miembros, al aplicar el Derecho de la Unión, puedan cumplir los compromisos que han asumido y también, algo que es especialmente importante a los efectos del presente asunto, la Directiva 2008/115, cuya interpretación se ha solicitado al Tribunal de Justicia.

¹³ El subrayado es mío.

¹⁴ Véase el documento «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», *op. cit.*, pp. 7 y 23, del cual resulta que el artículo 10, apartado 2, debe interpretarse *en armonía* con el artículo 5 y con el considerando 22 de la Directiva 2008/115, en el sentido de que las autoridades competentes deben dedicar una atención primordial al interés superior del niño a lo largo del procedimiento de retorno. Según la Agencia FRA, este principio general debe guiar todas las actuaciones dirigidas a la expulsión de un menor no acompañado.

¹⁵ Véase el punto 68 de las presentes conclusiones.

¹⁶ Lemke, S., *Europäisches Unionsrecht* (von der Groeben, Schwarze, Hatje), 7.ª ed., Baden-Baden 2015, artículo 24, punto 11, p. 664, considera que el derecho fundamental consagrado en el artículo 24, apartado 1, de la Carta se ve comprometido cuando las autoridades vinculadas por esa disposición no actúan de forma activa y no ofrecen una protección o cuidados adecuados en la medida en que lo requiera el bienestar del niño.

¹⁷ Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (Recopilación de Tratados de Naciones Unidas, tomo 1577, p. 43).

¹⁸ El subrayado es mío.

¹⁹ El subrayado es mío.

²⁰ Como señalé en el punto 35 de las conclusiones que presenté en el asunto Transportes Aéreos Portugueses (C-74/19, EU:C:2020:135), algunos paralelismos de tipo normativo entre, de una parte, el Derecho internacional y, de otra, el Derecho de la Unión pueden entenderse como la expresión de una convicción jurídica común.

62. La importancia de proteger los derechos del niño en el ámbito de la inmigración es reconocida asimismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.²¹ Como recordó el Tribunal de Justicia en la sentencia Parlamento/Consejo,²² relativa a la interpretación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar,²³ los Estados miembros tienen «la obligación de velar por que se tenga debidamente en cuenta el interés mejor del menor» a la hora de aplicar el Derecho de la Unión. Considero pertinente recordar, a los efectos del presente asunto, que el respeto de los derechos fundamentales se impone incluso cuando el Derecho de la Unión confiere a los Estados miembros un cierto margen de apreciación, habida cuenta de que también la Directiva 2008/115 permite, por su parte, adoptar medidas de transposición por vía legislativa y administrativa, sin especificar detalladamente la forma en que los Estados miembros deben cumplir la obligación que se deriva del artículo 10, apartado 2, de la citada Directiva.

63. Habida cuenta de la importancia que para el Derecho de la Unión reviste la protección del menor no acompañado, me parece impensable que el legislador pueda haber tenido la intención de obligar a los Estados miembros a examinar únicamente en la fase de expulsión si se dan las condiciones de acogida adecuadas en el Estado de retorno. Considero, en cambio, que, para garantizar de forma efectiva la protección del interés superior del niño, es necesario efectuar esa comprobación *en cada fase pertinente del procedimiento*, incluido en el momento de valorar la adopción de una decisión de retorno.

64. Considero que la disposición establecida en el artículo 24, apartado 3, de la Directiva 2013/33 viene a confirmar esta interpretación, en la medida en que prescribe que «los Estados miembros *iniciarán cuanto antes* la búsqueda de los miembros de la familia de los menores no acompañados con la asistencia, en su caso, de las organizaciones internacionales u otras organizaciones competentes, *una vez formulada la solicitud de protección internacional* y respetando el interés superior del menor».²⁴ En mi opinión, las principales conclusiones que pueden extraerse del análisis de la citada disposición son las que a continuación expondré.

65. En primer lugar, *la mejor forma de asegurar el interés superior del menor es garantizando la unidad familiar*,²⁵ lo cual resulta, por otra parte, del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115, que menciona explícitamente la posibilidad de entregarlo a un «miembro de su familia». Esta conclusión se ve también corroborada por las consideraciones realizadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Parlamento/Consejo, en la que se subrayó la importancia de la reagrupación familiar para el niño migrante, al permitirle llevar una «vida de familia».²⁶ A estos efectos, el Tribunal de Justicia se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»);²⁷ Con afán de exhaustividad, quisiera completar las consideraciones del Tribunal de Justicia con una referencia a la sentencia Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica,²⁸

21 Véase, en relación con la importancia de los derechos del niño en general para la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la sentencia de 14 de febrero de 2008, Dynamic Medien (C-244/06, EU:C:2008:85), apartado 39.

22 Sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo (C-540/03, en lo sucesivo, «sentencia Parlamento/Consejo», EU:C:2006:429), apartados 10, 37 y 57.

23 DO 2003, L 251, p. 12.

24 El subrayado es mío.

25 El Documento «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», *op. cit.*, p. 23, así como la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (DO 2017, L 339, p. 83; en lo sucesivo, «Manual de Retorno»), recomiendan priorizar la entrega a un miembro de la familia, salvo que ello no vaya manifiestamente a favor del interés superior del niño.

26 Sentencia Parlamento/Consejo (apartado 69); véanse, sobre la importancia de la reagrupación familiar para el bienestar del niño migrante, las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto B. M. M. y B. S. (Reagrupación familiar – menor) (C-133/19, EU:C:2020:222), puntos 1, 2 y 43.

27 Sentencia Parlamento/Consejo (apartados 52 y ss. y jurisprudencia citada).

28 TEDH, sentencia de 12 de octubre de 2006, Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, CE:ECHR:2006:0126DEC001317803.

pronunciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos unos meses después de la sentencia Parlamento/Consejo, en la que concluyó que había existido una vulneración del artículo 8 del CEDH en el marco de un procedimiento de retorno, por el hecho de que el Reino de Bélgica no había adoptado las medidas adecuadas para garantizar la reagrupación de un menor con su familia en su país de origen, extremo que me parece especialmente pertinente a efectos del presente asunto. Por último, en relación con la sentencia Parlamento/Consejo, debo señalar que, pese a que, en esa época, no era jurídicamente vinculante, nuestro Tribunal de Justicia no dejó pasar la ocasión de hacer referencia al artículo 7 de la Carta, en el que se consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida familiar.²⁹

66. En el supuesto de que el menor no acompañado no tenga familia o de que no pueda encontrarse a ningún miembro de su familia en su país de origen, el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 prevé alternativas, como la entrega a un «tutor designado» o a «servicios de acogida adecuados». Es evidente que esas alternativas se dirigen, a fin de cuentas, a garantizar la protección del menor no acompañado, supliendo la posible falta de vínculos familiares. De esta manera, representantes designados específicamente por la ley e instituciones sociales especializadas deben asumir la responsabilidad de velar por el bienestar del niño, cometidos que corresponden normalmente a la familia.

67. En segundo lugar, debe señalarse que las autoridades nacionales están obligadas a intervenir desde la *fase inicial* del procedimiento de asilo, a saber, en el momento de la «formulación de una solicitud de protección internacional», lo cual, de forma casi simultánea, genera lógicamente obligación de asegurarse de que existen condiciones de acogida adecuadas en el Estado de retorno.

68. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia aporta varios indicios en apoyo de una interpretación favorable a que la apreciación de las condiciones adecuadas de acogida en el país de origen sobre la base de las averiguaciones respectivas se haga lo antes posible. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Boudjlida,³⁰ un nacional de un tercer país en situación irregular tiene «el derecho a expresar, *antes de la adopción* de una decisión de retorno en su contra, su punto de vista [...] sobre la posible aplicación del artículo 5 y del artículo 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2008/115 y sobre las modalidades de su retorno».³¹ Según el Tribunal de Justicia, los Estados miembros *deben tener debidamente en cuenta el interés superior del niño* y de la *vida familiar* al aplicar la Directiva 2008/115,³² lo cual, habida cuenta del ámbito de aplicación de la citada Directiva, también engloba las fases anteriores a la expulsión, incluida la adopción de una decisión relativa al retorno. De ello se sigue que, «cuando la autoridad nacional competente *tenga intención de adoptar una decisión de retorno*, [...] deberá imperativamente cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 5 de la Directiva 2008/115 y oír al interesado sobre estos extremos».³³ A este respecto, «corresponde al interesado cooperar con la autoridad nacional competente al prestar declaración, para proporcionarle toda la información pertinente acerca de su situación personal y familiar y, en particular, aquellos datos que puedan justificar que *no se adopte* una decisión de retorno».³⁴ De dicha sentencia se desprende claramente que las consideraciones relacionadas con el interés superior del niño pueden llevar a que la autoridad nacional «*no adopte* una decisión de retorno».³⁵ Por lo tanto, parece que el Tribunal de Justicia parte de la premisa de que la apreciación del interés superior del niño debe realizarse incluso

29 Sentencia Parlamento/Consejo (apartado 58).

30 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431).

31 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 68. El subrayado es mío.

32 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 48.

33 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 49. El subrayado es mío.

34 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 50. El subrayado es mío.

35 Sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 55. El subrayado es mío.

antes de que se adopte una decisión de retorno. En la medida en que la existencia de condiciones adecuadas de acogida en el país de origen influye de manera decisiva en esta apreciación, debe considerarse que es un factor entre otros que las autoridades nacionales deben tener en cuenta en el momento de decidir si procede o no ordenar el retorno del menor.

69. Dicho esto, comparto la opinión de la Comisión, que sostiene que la obligación establecida en el artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115 implica que, al adoptar una decisión de retorno, las autoridades nacionales han de tener en cuenta una serie de factores³⁶ tales como la edad del menor, su especial vulnerabilidad, a la vez como menor no acompañado y como víctima de la trata de seres humanos, su estancia en una familia de acogida en el momento en que se adopta la decisión de retorno, su medio social y su estado de salud mental, la presencia eventual de miembros de su familia en el país de retorno y, más en general, la *disponibilidad de servicios de acogida adecuados en el país de retorno*.³⁷ Las autoridades competentes deben apreciar esos factores tal y como se presentan en el momento en que contemplan la posibilidad de dictar una decisión de retorno. Una apreciación global basada en esos factores es la única forma en que se podrá identificar el interés superior del niño y adoptar una decisión que se ajuste a los mandatos de la Directiva 2008/115.

70. Estoy convencido de que una interpretación del artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 que imponga a los Estados miembros la obligación de realizar esa comprobación *en cada fase pertinente del procedimiento, y no solo en el momento de proceder a la expulsión*, atiende mejor al interés superior del menor, máxime teniendo en cuenta que ese interés puede variar en función de las circunstancias.³⁸ A título de ejemplo, cabe señalar que una investigación llevada a cabo con carácter previo a una decisión relativa a un posible derecho de estancia y de la que resulte que se dan las condiciones adecuadas para el retorno justificaría normalmente que se adoptara una decisión en ese sentido. Sin embargo, estas condiciones pueden cambiar considerablemente, incluso a peor, a lo largo del tiempo, impidiendo la ejecución de la citada decisión. Con objeto de paliar un posible deterioro en las condiciones de acogida, es fundamental que el procedimiento sea suficientemente flexible y permita a las autoridades competentes realizar las comprobaciones necesarias en los momentos críticos. Dicho esto, quisiera llamar la atención sobre el hecho de que fue el propio Tribunal de Justicia el que recordó, en la sentencia Gnandi,³⁹ que «los Estados miembros están obligados a permitir a las personas afectadas invocar cualquier *cambio de circunstancias* que se produzca después de la adopción de dicha decisión de retorno, *que puedan incidir de forma significativa en la apreciación de su situación* de conformidad con la Directiva 2008/115, *en particular, con su artículo 5*».⁴⁰ De esa sentencia deduzco que el Tribunal de Justicia es consciente de que solamente una tramitación flexible del procedimiento, que permita comprobaciones en cada fase pertinente, garantiza que se tenga debidamente en cuenta el interés superior del niño.

71. Considero razonable, si las circunstancias evolucionan a peor, suspender los efectos de la decisión de retorno o aplazar su ejecución para evitar una situación que pueda menoscabar los derechos fundamentales del menor no acompañado. A la inversa, puede ocurrir que la falta de condiciones adecuadas para el retorno del menor desaconseje absolutamente que se adopte una decisión de retorno, al menos mientras no se hayan encontrado servicios de acogida adecuados. No obstante, caso

³⁶ La determinación del interés superior del niño se ha de realizar a través de una evaluación individual basada en un enfoque pluridisciplinar, en el que participen el tutor designado para el menor o la autoridad de tutela de la infancia competente. Varias entidades internacionales, tales como la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia han adoptado orientaciones interpretativas y operativas. Existen varios documentos publicados por las agencias europeas y citados en las presentes conclusiones que proporcionan una descripción útil de los criterios que las autoridades nacionales deben tener en cuenta en el marco de esta evaluación.

³⁷ Véase el Manual de Retorno, pp. 121 y 122.

³⁸ Además, esta interpretación es conforme con la recomendación de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que consiste en volver a evaluar *periódicamente* el interés superior del menor a la vista de la evolución de su caso individual (véase «Returning unaccompanied children: fundamental rights considerations», *op. cit.*, p. 12).

³⁹ Sentencia de 19 de junio de 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465).

⁴⁰ Sentencia de 19 de junio de 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465), apartado 64. El subrayado es mío.

este que también puede darse, si el interés superior del menor justifica el retorno al país de origen y no hay ningún obstáculo a esa opción, es preciso proceder a la expulsión del menor. Abordaré las diferentes posibilidades que pueden presentarse a lo largo del procedimiento de asilo al analizar la tercera cuestión prejudicial.

72. Sobre la base de este análisis, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 5, letra a), y a la luz del artículo 24 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, las autoridades del Estado miembro deben cerciorarse de que en el Estado de retorno esté disponible una acogida adecuada para él.

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial

73. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente interroga al Tribunal de Justicia sobre si un Estado miembro puede establecer distinciones por razón de la edad del menor no acompañado a la hora de concederle la residencia en su territorio, cuando se ha determinado que ese menor no tiene derecho al estatuto de refugiado o a la protección subsidiaria.

74. Sobre este particular, procede señalar, de entrada, que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme.⁴¹ Dicho esto, debe señalarse que el propio Derecho de la Unión en materia de asilo y de inmigración define el concepto de «menor», lo cual excluye, en mi opinión, toda remisión al Derecho nacional.

75. En efecto, ha de señalarse que, según el artículo 2, letra d), de la Directiva 2013/33, este concepto se define como *el nacional* de un tercer país o apátrida *menor de 18 años*. Por lo tanto, la Directiva 2013/33 no establece ninguna diferenciación entre los menores en función de la edad. Lo mismo ocurre con la Directiva 2008/115, cuya interpretación es solicitada por el órgano jurisdiccional al Tribunal de Justicia. Además, cabe señalar que, en virtud del considerando 21 de la Directiva 2008/115, «[los] Estados miembros deben aplicar [esta] Directiva *sin discriminación alguna por razón de [...] edad*».⁴² Esta exigencia plasma en el Derecho derivado la prohibición de discriminación por razón de edad establecida en el artículo 21 de la Carta, que, como ha señalado el Tribunal de Justicia en la sentencia Küçükdeveci, refiriéndose al artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.⁴³

41 Sentencias de 7 de agosto de 2018, Bichat y otros (C-61/17, C-62/17 y C-72/17, EU:C:2018:653), apartado 29, y de 11 de abril de 2019, Tarola (C-483/17, EU:C:2019:309), apartado 36.

42 El subrayado es mío.

43 Sentencia de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 22.

76. Habida cuenta de que el marco jurídico es bastante claro, me parece casi inconcebible que una práctica administrativa que conduce a tratar a una categoría de menores, definida en función de la edad, de una forma menos favorable que a otra pueda considerarse conforme con el Derecho de la Unión,⁴⁴ salvo que pueda justificarse por motivos objetivos. Se impone examinar la práctica administrativa de que se trata, en particular la forma en que se aplica, así como los motivos que subyacen a la misma, sobre la base de la información que se desprende de los autos.

77. En cuanto a la práctica administrativa de que se trata, debe señalarse que la presunta inobservancia por parte de las autoridades nacionales de su obligación de llevar a cabo las comprobaciones necesarias en cuanto a la existencia de una acogida adecuada en el país de origen es constitutiva de un trato menos favorable para los menores no acompañados que tengan 15 años o más, en la medida en que no se hace ningún esfuerzo por garantizar que, al volver, esos menores crezcan en un ambiente seguro para ellos. Esta circunstancia puede incidir negativamente en su desarrollo personal. Para comprender las consecuencias de esa inobservancia, se ha de ser consciente de que se encomienda a las autoridades nacionales una tarea que un menor no acompañado difícilmente podría realizar, en razón de su vulnerabilidad, como señala el órgano jurisdiccional remitente acertadamente.

78. El menor no acompañado de menos de 15 años puede beneficiarse del apoyo de las autoridades competentes para localizar a su familia o al menos encontrar servicios de acogida adecuados, lo cual contribuye a su integración en el país de origen. En cambio, el menor que tiene 15 años de edad o más debe enfrentarse a la expectativa de tener que volver sin esa perspectiva. En efecto, aunque la práctica administrativa de que se trata no prevea el retorno inmediato del individuo, en la medida en que su estancia en el territorio del Estado miembro se tolera hasta que alcance la mayoría de edad, puede considerarse que su situación será menos privilegiada, puesto que, al volver al país de origen, no dispondrá de ninguna persona de referencia o de servicios de acogida que puedan ofrecerle una verdadera posibilidad de integración.

79. En cuanto a los motivos que justifican esta diferencia de trato, debo señalar que, según la información facilitada por el Gobierno neerlandés, la distinción se basa en el hecho de que, en los Países Bajos, el procedimiento de asilo suele durar tres años. El Gobierno neerlandés indica que se ha adoptado un régimen especial de residencia en los Países Bajos para no dejar a los menores en la incertidumbre sobre su situación de residencia durante más de tres años y darles perspectivas de futuro. Con arreglo a ese régimen especial, se concede un derecho de residencia legal al solicitante de asilo que siga siendo menor de edad al término de un período de tres años. Por consiguiente, solo los niños de menos de 15 años pueden beneficiarse de ese derecho de residencia. A ello responde el requisito de que el menor tenga menos de 15 años en el momento en que presente la primera solicitud de residencia.

80. Como explica el Gobierno neerlandés, las autoridades nacionales realizan una apreciación de la situación del menor a la luz de ese régimen especial de residencia, una vez que se ha decidido que no cabe acordarle un permiso como asilado. En casos excepcionales, y atendiendo al interés superior del niño, desde ese momento ya puede valorarse la posibilidad de conceder al menor no acompañado un permiso de residencia, con lo que se evita una situación irregular. Por tanto, ya debe estar claro, en ese momento, que el menor no acompañado no podrá ser objeto de una decisión de retorno durante un período de tres años. En cuanto a los menores no acompañados que tengan más de 15 años cuando

⁴⁴ Como señala Lamont, R., «Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», en *The UE Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2014, p. 672, artículo 24, punto 24.23, la Carta contiene, además de los derechos del niño consagrados en su artículo 24, una prohibición de discriminación en función de la edad en el artículo 21, lo cual implica, según el autor, la prohibición de cualquier discriminación hacia los menores (en general). En mi opinión, esta apreciación no excluye que una categoría específica de menores definida por la edad (a saber, los que tienen 15 años o más) pueda hacer valer esta prohibición para impugnar la legalidad de una disposición nacional (que aplica el Derecho de la Unión) que, como ocurre en este asunto, provoca que se trate a esta categoría de menores fundamentalmente como a mayores de edad, en la medida en que se ve privada de la protección garantizada por el artículo 24 de la Carta, concretada por el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115, en relación con el artículo 5, letra a), de esa Directiva.

presenten su primera solicitud de residencia, sigue aplicándoseles el régimen ordinario. No obstante, según el Gobierno neerlandés, en relación con estos últimos puede contemplarse la concesión de otro estatuto que les confiera el derecho de residencia y que se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular que no puedan abandonar los Países Bajos sin incurrir en responsabilidades.

81. Comparto las dudas expresadas por el órgano jurisdiccional remitente en relación con la conformidad con la obligación establecida en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 de una práctica administrativa nacional que se basa en una mera presunción relacionada con la supuesta duración máxima de un procedimiento de asilo para establecer una distinción basada en la edad entre los miembros de un grupo de individuos, a pesar de que todos ellos se encuentran en la misma situación. Parece que los individuos reciben un trato diferente pese a no existir ningún motivo razonable para establecer tal distinción, si no se trata de la intención de simplificar el trabajo de las autoridades nacionales. En efecto, parece que el principal objetivo de esta distinción es regular de forma previsible el estatuto de residencia de los menores no acompañados a efectos del Derecho neerlandés, favoreciendo a los menores de 15 años frente a los mayores de esta edad. Como indica el órgano jurisdiccional remitente, se concede un derecho de residencia a esa categoría de menores si no pueden volver a su país de origen o si no pueden abandonar el territorio de los Países Bajos. Dichos menores adquieren derechos de residencia durante su minoría de edad, no regresan y no puede ordenarse su salida cuando las averiguaciones a que se refiere el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 no se han llevado a cabo o no han dado resultado. En cambio, por lo que respecta a los menores no acompañados de más de 15 años de edad, la práctica administrativa de que se trata parece más bien fomentar que las autoridades nacionales renuncien a la necesidad de llevar a cabo averiguaciones, permitiéndoles incluso abstenerse de proceder a la expulsión del menor mientras no haya alcanzado la mayoría de edad. Me parece que las autoridades nacionales han establecido a propósito el límite de edad de 15 años como criterio supuestamente claro y fiable para poder determinar con exactitud cómo proceder en cada caso individual.

82. Pues bien, dejando aparte el hecho de que ese enfoque no encuentra ningún fundamento en la Directiva 2008/115, estoy convencido de que entraña graves riesgos en cuanto a su correcta aplicación, riesgos que se van a analizar a continuación.

83. En primer lugar, una consecuencia de este enfoque es que debilita la protección que los Estados miembros deben a los menores no acompañados en virtud del Derecho internacional y del Derecho de la Unión. En la medida en que las autoridades nacionales renuncian a cumplir con las obligaciones que les impone el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 en aras de una mayor previsibilidad administrativa, actúan en contra del objetivo, definido en los Tratados, de velar por el bienestar del niño. Si las autoridades nacionales se abstienen de comprobar si existen condiciones de acogida adecuadas en el Estado de retorno, esto significa, a fin de cuentas, que trasladan esa responsabilidad al menor no acompañado, en contra de lo dispuesto en ese precepto.

84. En segundo lugar, semejante enfoque pone en jaque el objetivo de establecer «una política eficaz de expulsión y repatriación» basada en normas comunes, de conformidad con los considerandos 2 y 4 de la Directiva 2008/115. Dicha Directiva exige, en virtud de sus artículos 6 y 8, que los Estados miembros dicten una decisión de retorno «contra *cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular* en su territorio» y que tomen «*todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno*».⁴⁵ Como expondré con mayor detalle al analizar la tercera cuestión prejudicial, una política nacional supuestamente de «tolerancia» con los nacionales de terceros países en situación irregular, articulada sobre una práctica administrativa indulgente, incluso basada en una actitud de indiferencia por parte de las autoridades nacionales, entraña el riesgo de comprometer el buen funcionamiento del Derecho de la Unión en materia de asilo y de inmigración. Tiene como efecto crear una «zona gris» de ilegalidad que permite una residencia prolongada de los migrantes menores

⁴⁵ El subrayado es mío.

en el territorio del Estado miembro a pesar de la existencia de una decisión de retorno. Considero que este enfoque es perjudicial para la seguridad jurídica y contrario al objetivo establecido en la Directiva 2008/115 de garantizar que el estatuto de residencia de los migrantes se aclare cuanto antes a través de una decisión administrativa o judicial, en el sentido del artículo 3, punto 4, de dicha Directiva y, en su caso, de que las autoridades nacionales adopten sin demora medidas concretas de ejecución. Por consiguiente, semejante enfoque debe considerarse inconciliable con las exigencias del Derecho de la Unión en la medida en que constituye un obstáculo para la aplicación efectiva de la Directiva 2008/115.

85. De ello se infiere que una práctica administrativa como la controvertida, por la que se trata a los menores no acompañados de forma diferente en función de su edad, en particular en relación con la obligación de cerciorarse de que sus países de origen les ofrezcan, en principio, una acogida adecuada, no está justificada por motivos objetivos. En consecuencia, constituye una discriminación prohibida por el Derecho de la Unión.

86. A la vista de las anteriores consideraciones, propongo que se conteste a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, a la luz del artículo 21 de la Carta, debe interpretarse el sentido de que no permite a los Estados miembros establecer distinciones por razón de la edad de un menor no acompañado a efectos de autorizar la residencia en su territorio, cuando se ha determinado que ese menor no tiene derecho al estatuto de refugiado o a la protección subsidiaria.

D. Sobre la tercera cuestión prejudicial

87. La tercera cuestión prejudicial agrupa dos cuestiones que voy a examinar separadamente. Mediante la tercera cuestión prejudicial, letra a), el órgano jurisdiccional remitente desea averiguar fundamentalmente si les está permitido a los Estados miembros adoptar una decisión de retorno contra un menor no acompañado sin acordar a continuación medidas de expulsión. La tercera cuestión prejudicial, letra b), va dirigida a que se dilucide si el Estado miembro que no adopta ninguna medida concreta para proceder a la expulsión está obligado a suspender la obligación de retorno y, por lo tanto, a autorizar la residencia de un menor no acompañado que no cumpla de forma voluntaria la obligación de retorno.

1. Tercera cuestión prejudicial, letra a)

88. En relación con la tercera cuestión prejudicial, letra a), debe recordarse, en primer lugar, que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Además, en virtud de su artículo 1, esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.⁴⁶

89. Procede, a continuación, señalar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 prevé, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar «una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio».⁴⁷ En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno».⁴⁸

46 Sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 30.

47 Sentencias de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 31, y de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 35. El subrayado es mío.

48 Sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 32. El subrayado es mío.

90. Como se desprende de la redacción del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional,⁴⁹ el derecho a permanecer previsto en esa disposición finaliza en el momento en que la autoridad decisoria adopta en primera instancia la decisión por la que se deniega la solicitud de protección internacional. A falta de una autorización o de otro permiso de residencia concedido al interesado con arreglo a otra base jurídica, en particular en virtud del artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115, que permita al solicitante cuya solicitud haya sido denegada cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado miembro de que se trate, la decisión de denegación implica que, desde su adopción, el solicitante ya no cumple esas condiciones, de modo que su situación pasa a ser irregular.⁵⁰

91. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero este no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 obliga a los Estados miembros, «con el objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno», a «adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión» del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro.⁵¹

92. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que tanto del «deber de lealtad» de los Estados miembros como de las «exigencias de eficacia» recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115 se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse «lo antes posible».⁵² Conforme a la jurisprudencia más reciente, los Estados miembros están incluso autorizados a proceder «sin demora» a la expulsión desde que se cumplan los requisitos.⁵³

93. En este contexto, tampoco ha de olvidarse que, en virtud del artículo 8, apartado 4, de la Directiva 2008/115, los Estados miembros pueden utilizar —como último recurso— «medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión» de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión,⁵⁴ mientras esas medidas sean proporcionadas y la fuerza ejercida no vaya más allá de lo razonable.⁵⁵

94. Por último, ha de destacarse el hecho de que el Tribunal de Justicia ha recordado a los Estados miembros que deben abstenerse de aplicar una normativa que pueda *poner en peligro* la realización de los objetivos perseguidos por una Directiva, y, como consecuencia, *privarla de su efecto útil*.⁵⁶ Esta es la razón por la cual el Tribunal de Justicia ha declarado que la Directiva 2008/115 se opone a cualquier normativa nacional que tenga como efecto «menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes» establecidos por la citada Directiva, por ejemplo *demorando* u *obstaculizando de otro modo* el retorno.⁵⁷

49 DO 2013, L 180, p. 60.

50 Véase la sentencia de 19 de junio de 2018, Gnandi (C-181/16, EU:C:2018:465), apartado 41.

51 Sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 33. El subrayado es mío.

52 Sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 34.

53 Sentencia de 16 de enero de 2018, E (C-240/17, EU:C:2018:8), apartado 50.

54 No obstante, puede afirmarse que existen razones legítimas para no aplicar medidas coercitivas en relación con un menor. Por ese motivo, algunos Estados prohíben cualquier devolución forzosa de un menor no acompañado (véase, en este sentido, Dumas, P.: «L'accès des mineurs non accompagnés à la protection dans les États membres de l'Union européenne», Revue trimestrielle de droit européen, 2013, n.º 1, pp. 35 y ss.).

55 Sentencia de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartados 38 y 57.

56 Sentencias de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 39; de 6 de diciembre de 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), apartado 32, y de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 39.

57 Sentencias de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260), apartado 40; de 6 de diciembre de 2012, Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), apartado 35, y de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), apartado 59.

95. Dado que el Tribunal de Justicia ha hecho hincapié en la obligación de adoptar *todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno*, recordando la exigencia de eficacia y el deber de lealtad, me parece evidente que un Estado miembro no puede contentarse simplemente con esperar a que el menor alcance la mayoría de edad legal para proceder a la expulsión.

96. Como ya he explicado en las observaciones relativas a la segunda cuestión prejudicial,⁵⁸ estimo que una práctica administrativa mediante la cual un Estado miembro se sustrae de la obligación de comprobar si existe una acogida adecuada en el país de origen del menor no acompañado, optando en su lugar por *tolerar* su situación irregular hasta que alcance la mayoría de edad, pese a la existencia de una decisión de retorno, conduce a que se cree una *zona gris* de ilegalidad, al menos durante un período prolongado. Considero que este enfoque es perjudicial para la seguridad jurídica e incompatible con el objetivo establecido en la Directiva 2008/115 de garantizar que el estatuto de residencia de los migrantes se aclare cuanto antes a través de una decisión administrativa o judicial, en el sentido del artículo 3, punto 4, de dicha Directiva, y, en su caso, que las autoridades nacionales adopten medidas de ejecución *a la mayor brevedad*.

97. Dicho esto, considero, sin embargo, que puede haber circunstancias que justifiquen una suspensión o, al menos, un aplazamiento de la ejecución de la decisión de retorno, dado que los Estados miembros deben, con arreglo al artículo 5, letra a), de la Directiva 2008/115, «[tener] debidamente en cuenta el interés superior del [menor]» al aplicar la citada Directiva. No obstante, una suspensión o un aplazamiento de la ejecución de la decisión de retorno solo me parecen justificados si la situación en el Estado de retorno ha cambiado *después de la adopción de la decisión de retorno*, de forma que el Estado miembro ya no puede garantizar que el menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115. Abordaré este aspecto al analizar la tercera cuestión prejudicial, letra b).

98. Habida cuenta de lo anterior, estimo que no les está permitido a los Estados miembros adoptar una decisión de retorno contra un menor no acompañado sin acordar a continuación medidas de expulsión.

2. Tercera cuestión prejudicial, letra b)

99. Mediante su tercera cuestión prejudicial, letra b), el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si el Estado miembro que no adopta ninguna medida concreta para proceder a la expulsión está obligado a suspender la obligación de retorno y, por lo tanto, a autorizar la residencia de un menor no acompañado que no cumpla de forma voluntaria la obligación de retorno.

a) Norma general que exige que los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno

100. Como ya se ha señalado, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 establece como norma general que «los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno». La redacción de esta disposición, así como la interpretación que el Tribunal de Justicia le ha dado, recordada en las presentes conclusiones, son tan claras que no dejan lugar, en mi opinión, a ninguna duda razonable. Desde este punto de vista, es inconcebible que pueda autorizarse a los Estados miembros a abstenerse de tomar medidas concretas de expulsión, so pena de faltar a sus obligaciones derivadas del Derecho de la Unión.

⁵⁸ Véanse los puntos 83 y ss. de las presentes conclusiones.

101. En aras de un análisis exhaustivo, ha de señalarse, en este contexto, que el hecho de que algunos Estados miembros no procedan en todos los casos a la expulsión inmediata de los nacionales de terceros países en situación irregular en su territorio puede deberse a varias razones, en particular a diversas dificultades relacionadas con los procedimientos de expulsión, por ejemplo la falta del personal necesario, la falta de cooperación por parte de los solicitantes de asilo o de los países de origen cuando se trata de determinar su identidad, de conseguir los documentos de viaje,⁵⁹ de establecer las condiciones de acogida adecuadas, así como a las dificultades inherentes a las indagaciones en países lejanos. Resulta, por lo tanto, evidente que algunos de los factores mencionados escapan del control exclusivo de los Estados miembros. Por consiguiente, no me parece justificado presumir que cualquier retraso en la ejecución de una decisión de retorno se deba necesariamente a la pasividad de los Estados miembros.

102. Como señala acertadamente la Comisión en sus observaciones escritas, el Derecho de la Unión contempla, con carácter excepcional, alternativas a la expulsión —en función del caso respectivo—, que se expondrán más abajo. Estas alternativas tienen la ventaja de que contribuyen a la seguridad jurídica y ofrecen una perspectiva al menor no acompañado, por lo que difieren considerablemente de la práctica administrativa examinada en las presentes conclusiones en relación con su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

b) Obligación de suspender la ejecución de una decisión de retorno cuando no existan condiciones de acogida adecuadas en el país de origen

103. Con arreglo al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115, en relación con su artículo 5, letra a), y el artículo 24 de la Carta, los Estados miembros están *obligados* a suspender la ejecución de una decisión de retorno cuando no existan condiciones de acogida adecuadas en el país de origen. De acuerdo con la conclusión a la que se ha llegado al analizar la primera cuestión prejudicial, es necesario tener debidamente en cuenta el interés superior del niño *en cada fase pertinente del procedimiento*.⁶⁰ Más aún, como he señalado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las consideraciones atinentes al interés superior del niño pueden llevar en ocasiones a las autoridades nacionales a «abstenerse» de adoptar una decisión de retorno.⁶¹ En mi opinión, esta conclusión es válida con mayor motivo en relación con la decisión de adoptar medidas de ejecución, dado que la expulsión, definida en el artículo 3, punto 5, de la Directiva 2008/115 como transporte físico *fuera* del Estado miembro, constituye la última fase del procedimiento regulado por ese acto legislativo.

104. Es evidente que las posibilidades de las que disponen los Estados para influir en la situación de un individuo que ya ha sido objeto de una expulsión son muy limitadas cuando ya se encuentra en su país de origen. No puede excluirse que el procedimiento de retorno alcance un punto prácticamente irreversible, por ejemplo si las autoridades competentes pierden el contacto con él. En consecuencia, el riesgo de que se vulneren los derechos fundamentales del niño es más elevado en la fase de expulsión, sobre todo si se trata de una persona vulnerable. Dicho esto, me parece que el legislador de la Unión es perfectamente consciente de ese riesgo, a la vista de que la obligación establecida en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115 está formulada en términos que expresan un *requisito indispensable* (*antes* de expulsar; *se cerciorarán* de que sea entregado) que las autoridades competentes deben cumplir antes de poder llevar a cabo la última fase del procedimiento. Dicho de otra forma, la falta de cumplimiento de ese requisito debe entenderse, desde el punto de vista jurídico,

⁵⁹ Véase «European Centre for Returns in brief», *Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex)*, Varsovia, 2019, pp. 2 y 5, del que se desprende que la eficacia de los procedimientos de retorno depende en gran medida de la cooperación con los países de origen de los migrantes para identificar a las personas sujetas a decisiones de retorno, expedir los documentos de viaje y aceptar a los repatriados en sus países. En este contexto, los Estados miembros, la Comisión y Frontex colaboran con los países de retorno.

⁶⁰ Véanse los puntos 63 y 69 de las presentes conclusiones.

⁶¹ Véase el punto 67 de las presentes conclusiones.

como un factor que impide la expulsión. De ello se sigue que, mientras las autoridades nacionales no tengan la certeza de que se cumplen las condiciones de acogida adecuadas en el Estado de retorno, les está prohibido ejecutar la decisión de retorno. Ante esta imposibilidad jurídica, considero evidente que lo más juicioso que pueden hacer las autoridades nacionales sería suspender la decisión de retorno.

c) Facultad para conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia

105. El artículo 6, apartado 4, de la Directiva 2008/115 *permite* a los Estados miembros decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. Con arreglo a esta disposición, la concesión de ese derecho de estancia tiene el efecto de que no se adopte ninguna decisión de retorno. De haberse ya adoptado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el período de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia. Es preciso señalar que esta disposición hace referencia a una facultad que se deja a los Estados miembros, sin imponerles ninguna obligación.⁶²

106. Dado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 obliga al Estado miembro a elegir entre la opción de conceder un permiso o un derecho de estancia y la opción de iniciar el procedimiento de retorno, sería oportuno —como recomienda, por otra parte, el Manual de Retorno⁶³ elaborado por la Comisión— establecer normas claras sobre la situación jurídica de los menores no acompañados que permitan, bien dictar y ejecutar decisiones de retorno, bien conceder un derecho de estancia de conformidad con la legislación nacional. Los Estados miembros deben velar por la disponibilidad de procedimientos de determinación del estatuto de los menores no acompañados que no sean retornados. Este enfoque puede reducir las *zonas grises* y mejorar la seguridad jurídica de todas las partes interesadas. Más aún, el enfoque propuesto representa una solución duradera dirigida a ofrecer a los menores cierta normalidad y estabilidad a largo plazo.

107. Del análisis que se acaba de realizar resulta que los Estados miembros están obligados a suspender la ejecución de la decisión de retorno cuando no exista una acogida adecuada en el país de origen. Pueden conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo a un nacional de un tercer país en situación irregular en su territorio.

108. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que haya adoptado una decisión de retorno contra un menor no acompañado debe, una vez expirado el plazo para la salida voluntaria, adoptar todas las medidas de expulsión necesarias para ejecutar la decisión, sin que pueda contentarse simplemente con esperar a que alcance la mayoría de edad. Una suspensión o un aplazamiento de la ejecución de la decisión de retorno por parte del Estado miembro solo se justifica si, después de la adopción de dicha decisión de retorno, la situación en el Estado de retorno ha cambiado de tal forma que el Estado miembro ya no puede garantizar que el menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115. En virtud del artículo 6, apartado 4, de la citada Directiva, los Estados miembros pueden conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo a un nacional de un tercer país en situación irregular en su territorio.

⁶² Véase la sentencia de 5 de junio de 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320), apartado 88.

⁶³ Véase el Manual de Retorno, p. 121.

VI. Conclusión

109. A la luz de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que responda en los siguientes términos a las cuestiones prejudiciales planteadas por el rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Hertogenbosch, Países Bajos):

- «1) El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo 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, en relación con su artículo 5, letra a), y a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que, antes de imponer una obligación de retorno a un menor no acompañado, las autoridades del Estado miembro deben cerciorarse de que en el Estado de retorno esté disponible una acogida adecuada para él.
- 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, a la luz del artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros establecer distinciones por razón de la edad de un menor no acompañado a efectos de autorizar la residencia en su territorio, cuando se ha determinado que ese menor no tiene derecho al estatuto de refugiado o a la protección subsidiaria.
- 3) El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro que haya adoptado una decisión de retorno contra un menor no acompañado debe, una vez expirado el plazo para la salida voluntaria, acordar todas las medidas de expulsión necesarias para ejecutar la decisión, sin que pueda contentarse simplemente con esperar a que alcance la mayoría de edad. Una suspensión o un aplazamiento de la ejecución de la decisión de retorno por parte del Estado miembro solo se justifica si, después de la adopción de dicha decisión de retorno, la situación en el Estado de retorno ha cambiado de tal forma que el Estado miembro ya no puede garantizar que el menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados, con arreglo al artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/115. En virtud del artículo 6, apartado 4, de la citada Directiva, los Estados miembros pueden conceder un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo a un nacional de un tercer país en situación irregular en su territorio.»