

ESTUDIOS

DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/1111

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
DIRECTORA

M.^a DOLORES ADAM MUÑOZ
ALINE BELTRAME DE MOURA
ANTONIO J. CALZADO LLAMAS
BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
ELENA CANO BAZAGA
MIGUEL CHECA MARTÍNEZ
ANTONIA DURÁN AYAGO
SALMA EL OUAZZANI CHAHDI
FELLIPE LEAL

ELENA LÓPEZ BARBA
PILAR MARTÍN RÍOS
LUCÍA IONE PADILLA ESPINOSA
M.^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ
M. ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ
JUANA DE LOS ÁNGELES TOLEDO LARREA
MONIKA WAŁACHOWSKA
CRISTINA M. ZAMORA GÓMEZ

III ARANZADI

ESTUDIOS

La presente obra tiene al Reglamento 2019/1111 como norma de referencia, aunque sin estar dedicada al análisis sistemático de su contenido. En la I Parte «*Cuestiones vinculadas con el ámbito de aplicación*», se reflexiona sobre los conceptos de familia, matrimonio y filiación, que son presupuestos para la aplicación de diversos Reglamentos UE, entre los que se encuentra el Reglamento 2019/1111. En la II Parte «*Cuestiones vinculadas con las normas de competencia judicial internacional*», se analiza el problema de la litispendencia, pero yendo más allá de esta norma europea, para ofrecer un análisis comparado con otras normas internacionales e internas. La III Parte «*Cuestiones vinculadas con la sustracción internacional de menores*» contiene aportaciones en las que se reflexiona sobre la articulación del procedimiento de restitución con la LEC, analizando lo que ha sido la práctica jurisprudencial española hasta el momento, con especial atención al derecho del menor a ser oído, además de ofrecerse una perspectiva de derecho comparado. En la IV Parte «*Cuestiones vinculadas con la eficacia extraterritorial de resoluciones, documentos públicos y acuerdos*» se recogen dos estudios que siguen la tónica de la sección anterior, en el sentido de analizar la articulación de las normas del Reglamento 2019/1111 con la LEC, además de ponerse en valor la mediación. La V Parte, dedicada a la «*Relaciones con terceros países*», se centra en las relaciones con los países vecinos, Marruecos y el Reino Unido, con especial atención, en este último caso, a Gibraltar. La VI Parte del libro se adentra en las cuestiones de «*Familia, menores, derecho de extranjería y protección internacional*», con estudios sobre las novedades en torno el derecho a la vida en familia de los extranjeros, junto a trabajos dedicados a los menores refugiados, no acompañados o que han protagonizado matrimonios forzados, incluyendo también un trabajo dedicado a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

C.M.: 76240

ISBN: 978-84-10295-44-5



9 788410 295445

Ref: PID2020-113444RB-I00



MINISTERIO
DE CIENCIA
E INNOVACIÓN



AGENCIA
ESTATAL DE
INVESTIGACIÓN

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
Directora

DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/1111

Autores

M. ^a Dolores Adam Muñoz	Elena López Barba
Aline Beltrame de Moura	Pilar Martín Ríos
Antonio J. Calzado Llamas	Lucía Ione Padilla Espinosa
Beatriz Campuzano Díaz	M. ^a Ángeles Rodríguez Vázquez
Elena Cano Bazaga	Casilda Rueda Fernández
Miguel Checa Martínez	M. Ángeles Sánchez Jiménez
Antonia Durán Ayago	Juana de los Ángeles Toledo Larrea
Salma El Ouazzani Chahdi	Monika Wałachowska
Fellipe Leal	Cristina M. Zamora Gómez

III ARANZADI

© Campuzano Díaz, Beatriz (Dir.) y otros, 2024
© Editorial Aranzadi, S.A.U.

Editorial Aranzadi, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: 2024

Depósito Legal:M-14853-2024

ISBN versión impresa: 978-84-10295-44-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Printed in Spain

Esta publicación se enmarca en los trabajos del Proyecto I+D+i «Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración», Ref. PID2020-113444RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

© **Editorial Aranzadi, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Aranzadi, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

EDITORIAL ARANZADI no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, EDITORIAL ARANZADI se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

EDITORIAL ARANZADI queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

EDITORIAL ARANZADI se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Editorial Aranzadi, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
PRESENTACIÓN.....	19
ABREVIATURAS.....	23

I PARTE CUESTIONES VINCULADAS CON EL ÁMBITO DE APLICACIÓN

CAPÍTULO 1

TRATAMIENTO DE LA DIVERSIDAD DE ESTRUCTURAS FAMILIARES EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS Y CONTINUIDAD DEL ESTATUTO PERSONAL

M. ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ.....	29
I. Introducción	29
II. Reglamentos europeos. Resultados de la protección de las legislaciones estatales	34
III. La propuesta de reglamento sobre filiación: ¿Cauce para la evolución?	39
IV. Conclusiones	45

CAPÍTULO 2

LA FILIACIÓN EN EL DIPR DE LA UE: ENTRE LA SITUACIÓN ACTUAL Y LAS PERSPECTIVAS DE CAMBIO

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ.....	51
I. Introducción	51

	<i>Página</i>
II. El método de reconocimiento de situaciones jurídicas y su incidencia en la UE. La filiación	52
1. <i>Concepto y límites</i>	52
2. <i>Los fundamentos del método de reconocimiento de situaciones jurídicas</i>	54
3. <i>El método de reconocimiento de situaciones jurídicas en la jurisprudencia del TJUE</i>	55
4. <i>El reconocimiento de la filiación homoparental por el TJUE</i> ..	59
III. La propuesta de Reglamento sobre filiación.	62
IV. El estado actual de la filiación en la Unión Europea. Disparidad de soluciones en dos ámbitos de interés para el DIPr	66
1. <i>La filiación y la libertad de circulación y residencia</i>	66
2. <i>La filiación en los Reglamentos sobre cooperación judicial civil</i>	69
V. Conclusiones	75

II PARTE CUESTIONES VINCULADAS CON LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO 3

LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA COMPROBACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. PERSPECTIVA ESPAÑOLA

ELENA CANO BAZAGA	79
I. Consideraciones introductorias	79
II. El régimen institucional: el Reglamento 2019/1111	85
1. <i>Contexto normativo</i>	85
2. <i>La comprobación de la competencia</i>	86
3. <i>Los mecanismos de solución</i>	89

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
III. El Convenio de La Haya de 1996	93
IV. El Régimen Autónomo: la LCJIMC	98
1. <i>Contexto normativo</i>	98
2. <i>El mecanismo de solución: suspensión condicionada y archivo</i>	102

III PARTE CUESTIONES VINCULADAS CON LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

CAPÍTULO 4

EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y SU ARTICULACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL. ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN O RETORNO

PILAR MARTÍN RÍOS	109
I. Consideraciones previas	109
II. La audiencia al menor que es objeto de sustracción inter- nacional	110
1. <i>La configuración del derecho del menor a ser oído en los ámbi- tos universal, europeo y español</i>	110
1.1. El derecho del menor a ser oído. Examen del mar- co jurídico internacional: ámbitos universal y eu- ropeo	110
1.2. El derecho del menor a ser oído en la justicia es- pañola	113
2. <i>Examen de un caso concreto: la audiencia al menor que es ob- jeto de sustracción internacional</i>	118
2.1. Evolución de la audiencia al menor que es objeto de sustracción internacional: perspectiva univer- sal y europea	118
2.2. La audiencia del menor en el procedimiento de restitución o retorno de la LEC	120
A) Marco normativo español	120

	<i>Página</i>
B) Obligatoriedad y consecuencias de la audiencia	121
C) Momento y modo de su práctica	124
D) Documentación del acto	128
E) Un caso específico: la audiencia al menor cuando se recurre a la mediación.....	130
CAPÍTULO 5	
ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN DE MENORES Y SU REGULACIÓN EN LA LEC	
ANTONIO JESÚS CALZADO LLAMAS	137
I. Introducción	137
II. Ámbito de aplicación	142
III. Competencia judicial interna para conocer del proceso de restitución	146
1. <i>Concentración territorial</i>	146
2. <i>Concentración objetiva</i>	148
IV. Legitimación y postulación	149
1. <i>La legitimación activa y postulación del particular</i>	149
2. <i>La legitimación y postulación institucional</i>	152
V. El procedimiento urgente y preferente de restitución	153
1. <i>El plazo de seis semanas regulado en la LEC y el tratamiento jurisprudencial de su incumplimiento</i>	153
2. <i>Especialidades del juicio verbal de restitución en primera instancia</i>	154
3. <i>Especialidades en el recurso de apelación contra las órdenes sobre la restitución del menor</i>	157
4. <i>Especialidades en materia de ejecución</i>	160
5. <i>Excepción a la prejudicialidad penal</i>	163
6. <i>Mediación</i>	164
VI. Audiencia al menor	165

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
VII. Medidas cautelares	168
VIII. Epílogo: comparación entre la LEC y el R. 2019/1111. Propuestas de lege ferenda	171
1. <i>Anticipación de la LEC al R. 2019/1111</i>	171
2. <i>Coordinación entre la LEC y el R. 2019/1111</i>	173
3. <i>Necesidades de mejora de la LEC con motivo del R. 2019/1111</i>	175

CAPÍTULO 6

PROBLEMS RELATED TO THE PROCEDURE OF MINORS' RETURNING DECISIONS, WITH REFERENCE TO POLISH LAW

MONIKA WAŁACHOWSKA.....	177
I. Introduction	177
II. Polish regulation and case law	183
III. Conclusions	194

IV PARTE

CUESTIONES VINCULADAS CON LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE RESOLUCIONES, DOCUMENTOS PÚBLICOS Y ACUERDOS

CAPÍTULO 7

MEDIDAS PARA FACILITAR LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LAS NORMAS SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1111: PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

M. ^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.....	197
I. Introducción	197
II. Reglas sobre el reconocimiento	198
1. <i>Reglas sobre el reconocimiento de las resoluciones dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental</i>	198

	<i>Página</i>
2. <i>Reglas sobre el reconocimiento de las resoluciones privilegiadas</i>	205
III. Reglas sobre la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental	207
1. <i>Reglas sobre la ejecución</i>	208
2. <i>Reglas sobre la denegación de la ejecución</i>	211
IV. Reglas sobre la eficacia de los documentos públicos y acuerdos	214

CAPÍTULO 8

MEDIACIÓN EN PROCESOS DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

ANTONIA DURÁN AYAGO	219
I. Contexto: la relevancia de la mediación en conflictos sobre responsabilidad parental	219
II. La presencia de la mediación familiar en instrumentos internacionales	222
1. <i>Naciones Unidas</i>	222
2. <i>Consejo de Europa</i>	223
3. <i>Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado</i> ..	224
4. <i>Unión Europea</i>	226
III. Novedades introducidas en el Reglamento 2019/1111	228
1. <i>Invitación a las partes a recurrir a la mediación o a otra vía alternativa de resolución de conflictos</i>	228
2. <i>Reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores</i>	233

**V PARTE
LAS RELACIONES CON TERCEROS PAÍSES**

CAPÍTULO 9

**COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA
MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL CON
EL REINO UNIDO Y GIBRALTAR DESPUÉS DEL *BREXIT***

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ	243
I. El acuerdo de retirada del Reino Unido de la UE: disposiciones transitorias en materia de cooperación judicial civil	244
II. Inexistencia de un nuevo modelo bilateral de cooperación judicial civil internacional entre la UE y el Reino Unido. . .	245
III. Las soluciones unilaterales del Reino Unido: la derogación de los Reglamentos de DIPr de la UE y la aprobación de nueva legislación derivada de la European Union (<i>WITHDRAWAL ACT</i>) 2018	248
1. <i>Las derogaciones de instrumentos de la UE en el ámbito de familia.</i>	248
2. <i>Las nuevas reglas sobre competencia judicial internacional en materia de divorcio</i>	249
IV. Las soluciones multilaterales en el ámbito del Derecho de familia: los instrumentos de cooperación a través de la Conferencia de La Haya de DIPr.	253
1. <i>Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores y Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores</i>	253
2. <i>Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro de alimentos</i>	254
V. La situación de Gibraltar.	255
1. <i>El protocolo sobre Gibraltar</i>	255
2. <i>Hacia un nuevo modelo de relación de la UE con Gibraltar</i>	256
3. <i>Los Convenios de la Conferencia de la Haya de DIPr en materia de familia aplicables en Gibraltar</i>	257
4. <i>La pervivencia provisional de los instrumentos europeos de DIPr como Retained Legislation.</i>	259

	<i>Página</i>
5. <i>Las reformas del sistema de cooperación judicial internacional de Gibraltar en materia civil</i>	261
VI. Conclusiones	263

CAPÍTULO 10

EL RECONOCIMIENTO DEL DIVORCIO MARROQUÍ EN ESPAÑA. EL MÉTODO COMPARADO COMO ALTERNATIVA

SALMA EL OUAZZANI CHAHDI.	267
I. Consideraciones introductorias	267
II. El método funcional y la equivalencia funcional para reconocer la decisión marroquí de disolución del matrimonio en España	270
III. Aproximación comparada a las formas de disolución del matrimonio en España y Marruecos	276
1. <i>Disolución unilateral abierta a ambos cónyuges en iguales condiciones</i>	276
2. <i>Disolución de mutuo acuerdo</i>	279
3. <i>Otras formas de disolución del matrimonio propias de la regulación marroquí</i>	281
3.1. <i>Disolución unilateral abierta al marido</i>	281
3.2. <i>Disolución unilateral abierta a la mujer</i>	282
4. <i>Síntesis valorativa</i>	283

CAPÍTULO 11

LAS RESOLUCIONES SOBRE FILIACIÓN Y LAS RELACIONES PATERNOFILIALES DICTADAS POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS Y SU INCIDENCIA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO ESPAÑOL Y MARROQUÍ: UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

M. ^a DOLORES ADAM MUÑOZ.	285
I. Planteamiento de la cuestión	286
II. Relaciones entre los progenitores, españoles o marroquíes a efectos de la atribución de la filiación.	288
1. <i>El matrimonio</i>	288

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
1.1. Matrimonio entre un español y una marroquí celebrado en España.	289
1.2. Matrimonio entre un hombre marroquí y una mujer española celebrado en España.	292
1.3. Matrimonio en España cuando los dos contrayentes son marroquíes.	292
2. <i>Uniones de hecho registradas o sin registro</i>	298
2.1. Unión de hecho entre un español y una marroquí	299
2.2. Unión de hecho entre un marroquí y una española o entre dos marroquíes	299
III. Fluctuaciones a las que la filiación puede quedar sometida como consecuencia de la regulación en los ordenamientos español y marroquí	300
IV. Aspectos de las relaciones paternofiliales como consecuencia del divorcio de una pareja formada por dos marroquíes o por un marroquí y una española no musulmana	308
V. Reflexiones finales	314

CAPÍTULO 12

EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES BRASILEÑAS EN LA LUCHA CONTRA LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

ALINE BELTRAME DE MOURA, FELLIPE LEAL	317
I. Introducción	317
II. La aplicación de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en Brasil sometida a un control de constitucionalidad	319
III. Autoridades brasileñas involucradas en los procedimientos de restitución del Convenio de La Haya de 1980	324
IV. La aplicación de las normas convencionales por los tribunales brasileños.	328
V. Consideraciones finales	333

**VI PARTE
MENORES, FAMILIA, DERECHO DE EXTRANJERÍA Y
PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

CAPÍTULO 13

**¿NOVEDADES EN EL DERECHO DE FAMILIA DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA? UN NUEVO DERECHO «DE
FAMILIAS» TAMBIÉN PARA LOS EXTRANJEROS EN
ESPAÑA**

ELENA LÓPEZ BARBA	337
I. Introducción	337
II. Principales novedades acontecidas en la materia	339
1. <i>Los cambios más recientes en la LOEx y en su Reglamento de desarrollo</i>	<i>340</i>
2. <i>Cambios en los regímenes particulares</i>	<i>341</i>
III. Especial mención a los cambios producidos por la Ley 8/2021. Una reflexión sobre las personas con discapacidad extranjeras y su reagrupación familiar	351
IV. Especial mención, también, a los cambios acontecidos en orden a la regulación del derecho de familia	359

CAPÍTULO 14

**MENORES REFUGIADOS, UNA APROXIMACIÓN A LAS
MEDIDAS DE PROTECCIÓN: DEL REGLAMENTO DUBLÍN
AL REGLAMENTO BRUSELAS, PASANDO POR UCRANIA**

CASILDA RUEDA FERNÁNDEZ.	361
I. Introducción	361
II. Menores refugiados en la Unión Europea...puede ser peor. Necesitan medidas de protección	362
1. <i>Menores refugiados, sistema europeo común de asilo: Reglamento Dublín III</i>	<i>366</i>

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
2. <i>Menores refugiados y desplazados internacionalmente: R. 2019/1111</i>	370
III. Menores ucranianos recibidos en territorio de la Unión Europea: Directiva de protección temporal...no sólo	373
1. <i>Protegidos temporalmente: las mismas medidas de protección</i>	373
2. <i>Más cuestiones por decidir</i>	378
IV. Reflexión final	379

CAPÍTULO 15

EL DERECHO DE LA INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA A REUNIRSE CON SUS FAMILIARES EN SITUACIONES TRANSFRONTERIZAS

LUCÍA PADILLA ESPINOSA.....	381
I. Introducción	381
II. Derechos de los y las menores a no ser separados de sus progenitores	383
III. El Derecho a vivir en familia de la infancia migrante no acompañada	387
1. <i>El retorno al país de origen</i>	389
2. <i>La reagrupación familiar</i>	395
IV. Consideraciones finales	399

CAPÍTULO 16

PROTECCIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DE MATRIMONIOS FORZADOS EN EL DERECHO MIGRATORIO DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR

CRISTINA MARÍA ZAMORA-GÓMEZ.....	401
I. Introducción	401
II. Los matrimonios forzados infantiles: una cuestión de Derechos Humanos	402

	<i>Página</i>
III. Niñas refugiadas víctimas de matrimonio forzado bajo el Derecho de Unión Europea. Caso de estudio C-230/21	408
1. <i>El modelo de la niña individual: cómo llenar de contenido el interés superior de las niñas víctimas de matrimonio forzado.</i>	411
2. <i>Matrimonio forzado: forma de persecución específica de género e infancia en la Directiva de Reconocimiento</i>	413
3. <i>La reagrupación familiar de las refugiadas no acompañadas víctimas de matrimonio forzado: Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar y Reglamento Dublín III.</i>	416
IV. Idea final	419

CAPÍTULO 17

**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SU
INCIDENCIA EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS
MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
ESPECIAL REFERENCIA AL REGLAMENTO 2019/1111**

JUANA DE LOS ÁNGELES TOLEDO LARREA	421
I. Introducción	421
II. La violencia de género, perspectivas de regulación en la UE	426
III. Mujer extranjera, víctima de violencia de género en España. Reconocimiento de su condición de víctima	431
IV. Regulación de sus relaciones familiares en relación con el R. 2019/1111	433
V. Conclusiones	436

Capítulo 15

El derecho de la infancia migrante no acompañada a reunirse con sus familiares en situaciones transfronterizas

LUCÍA PADILLA ESPINOSA
Investigadora predoctoral
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHOS DE LOS Y LAS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PROGENITORES. III. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA. 1. *El retorno al país de origen.* 2. *La reagrupación familiar.* IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La propia naturaleza y la experiencia seculares muestran que el mejor entorno para un adecuado y armonioso desarrollo de la infancia es la propia familia. Así, lo manifiesta la Convención sobre los Derechos del Niño (CNUDN)¹ en los párrafos quinto y sexto de su Preámbulo, y de su articulado se colige que la infancia es siempre contemplada en el contexto de la unidad familiar. Si bien, es una realidad contrastable que cada año llegan al territorio europeo muchos/as menores extranjeros/as que se encuentran separados/as de sus progenitores y que tampoco están bajo el amparo de

1. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) y vigente en nuestro país desde el 5 de enero de 1991.

ningún otro familiar o adulto/a responsable de su cuidado². Entre los motivos que llevan a estos niños y niñas a salir de sus países de origen se encuentran la pobreza y la falta de futuro y expectativas; situaciones de desestructuración familiar y desprotección institucional; catástrofes naturales; la guerra, la persecución, la violencia y situaciones de violación generalizada de los Derechos Humanos³. En el caso de España, a finales del año 2022, se encontraban inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados 11.417 menores⁴. Nos situamos, por tanto, ante un fenómeno creciente de desplazamientos forzados, cuya situación ha de ser analizada desde una triple perspectiva, esto es, la de personas menores de edad, extranjeras y no acompañadas. Todas ellas determinan que estas personas se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere de una particular protección.

Habida cuenta de que el interés general del/a menor reside en permanecer con su familia, cabe preguntarse de qué forma pueden reunirse nuevamente estos/as menores con sus familiares de los que se han visto separados/as. Así pues, nuestro estudio se sitúa a aquellas situaciones en las que, una vez localizada la persona menor en territorio nacional, se ha podido identificar a la persona, así como a sus progenitores, tutores, representantes legales o adultos responsables, y el lugar dónde se localizan estos últimos⁵. El objeto de la presente contribución se centra en analizar las posibilidades previstas por el ordenamiento jurídico nacional para proceder a la reunificación de estos/as menores con sus familiares. Para ello, se reflexiona

2. La llegada al territorio europeo de menores y de menores no acompañados/as es un fenómeno que, aunque no es nuevo, en los últimos años ha aumentado exponencialmente con la mencionada «crisis de refugiados». Solo en Europa Occidental hay más de 100.000 menores separados/as de sus progenitores. Datos obtenidos del portal del ACNUR, disponibles en: <https://www.acnur.org/5cf926764.pdf> (última consulta en noviembre de 2023).
3. Causas recogidas por la organización ACCEM, disponibles para su consulta en: <https://www.accem.es/vulnerables/menores-extranjeros-no-acompanados-mena/> (última consulta en noviembre de 2023).
4. En 2022, han sido localizados/as 2.375 menores extranjeros/as no acompañados /as llegados/as a España por vía marítima. Mayoritariamente son del sexo masculino (2.265), dado que sólo se han detectado 110 niñas. El mayor número procede de Marruecos (1.235) seguido por naturales de Argelia (402), República de Guinea (216) y Senegal (126). [FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2022*, pág. 733. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recur-sos/pdf/MEMFIS23.pdf (última consulta en noviembre de 2023)].
5. El procedimiento de actuación cuando se localiza a una persona menor de edad extranjera y no acompañada se divide en cuatro fases, de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros/as no acompañados/as (en adelante, el Protocolo) (BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014) y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de

sobre si la normativa estatal aplicable respeta las obligaciones de los Estados relativas a los Derechos Humanos de la infancia en el contexto de la migración internacional y, en particular, el alcance que el criterio del interés superior del menor, en calidad de principio rector en la adopción de toda medida referente a la infancia, desempeña con respecto al respeto a la vida familiar. En este sentido, es fundamental subrayar que, con independencia de su estatuto, nacionalidad u orígenes, todos/as los/as menores deben ser tratados, en principio y, ante todo, como menores, de forma que prevalezca esta condición sobre su situación administrativa, incluso en los procedimientos en los que se determine el retorno o repatriación.

II. DERECHOS DE LOS Y LAS MENORES A NO SER SEPARADOS DE SUS PROGENITORES

El punto de partida del presente estudio es el art. 9.1 de la CNUDN⁶ que parte de la premisa de que los/as menores deben vivir, ser criados/a y desa-

2000), (en adelante LOEx), con su respectivo reglamento [Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011) (en adelante RLOEx)], saber: la fase de intervención; la fase de investigación; la fase de decisión; y la fase de ejecución. La competencia en la identificación del perfil de la persona menor la tiene atribuida la autoridad encargada de la identificación en fronteras, o una vez que ha cruzado la frontera sin ser detectado por las autoridades fronterizas en el seno del territorio español. En España, quien ejerce el control fronterizo principalmente es la Comisaría General de Extranjería y Fronteras (Policía nacional) y la Dirección General de la Guardia Civil (Guardia Civil), aunque, debido a las últimas crisis migratorias, en muchas ocasiones es asistida por Agentes de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas. En todo caso, las autoridades migratorias al ejercer la competencia de control fronterizo estén adscritas o a la Agencia europea, deberán identificar a las personas vulnerables, menores no acompañados, víctimas de trata, personas traficadas, y a quienes necesitan o desean pedir protección internacional. Sin embargo, uno de los principales inconvenientes que presentan las autoridades migratorias españolas a la hora de identificar correctamente el perfil de estos/as menores es la falta de una guía en la que se establezca la diversidad de perfiles de menores migrantes, instrucciones para su correcto reconocimiento, derechos de los/as menores, y deberes de las autoridades que intervienen en el procedimiento de identificación tal y como ponen de manifiesto en, L. SERRANO SÁNCHEZ: «Capítulo XIX: Competencia y cooperación internacional de autoridades. El interés superior de la y el menor no acompañado como eje en la identificación y reubicación», en A. LARA AGUADO (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 704.

6. Art. 9.1 CNUDN: «Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño».

rollarse en el seno de su familia de origen y solamente, la autoridad nacional competente puede proceder a separarlos/as cuando dicha separación sea precisa para asegurar el interés superior del/a menor⁷. Por consiguiente, se deduce un derecho de los/as menores a permanecer con sus progenitores. No obstante, conviene subrayar que no nos encontramos ante un derecho absoluto, es decir, de ningún modo cabe hablar de un derecho del menor a permanecer bajo cualquier circunstancia y a toda costa bajo la custodia de sus progenitores. Lo que el precepto impone es que la separación solamente se dé cuando las circunstancias concurrentes revelen que ésta es absolutamente necesaria de acuerdo con el bienestar o interés superior del/a menor en cuestión. En efecto, como puede observarse, este derecho de los/as menores pivota, como casi todo lo que les afecta, en torno a la noción de preservar su interés superior. Si bien, estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado que, aunque difícil de concretar en un caso concreto, prefigura la privilegiada relevancia que debe darse al bienestar del/a menor en la ponderación que, en su caso, deba realizarse.

Cabe detenernos en aquellos supuestos que pueden ocasionar la separación de los/as menores de sus progenitores, en concreto, nos referimos a los supuestos en los que se acuerda la deportación o expulsión del progenitor del Estado en el que reside junto con su hijo/a. En efecto, la expulsión de una persona del territorio nacional puede comprometer su vida familiar, más aún, cuando esta persona mantiene una estrecha relación con sus hijos/as menores. A tal respecto, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en diferentes ocasiones en las que ha puesto de manifiesto que cuando se constata la existencia de una vida familiar efectiva entre el/la progenitor y su descendiente menor de edad, la expulsión de la persona debe supeditarse al interés superior del menor, de forma que dicho

7. Incluso en el supuesto de que el/la menor se encuentre separado/a de uno de sus progenitores, debe preservarse el derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (artículo 9.3 CNUDN). También tiene derecho el/la menor a conocer el paradero o fallecimiento, en su caso, de sus progenitores cuando la separación traiga causa de una medida estatal como puede ser el exilio, la deportación, el encarcelamiento, salvo que ello resulte perjudicial para el bienestar del/a menor, así como para el desarrollo armonioso de su personalidad, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuarto del referido artículo. En el plano doctrinal, *vid.* F. J. MATIA PORTILLA, «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», en F.J. MATIA PORTILLA, G. LÓPEZ DE LA FUENTE (Dir.), *De la Intimidad a la vida privada y familiar: un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 232 y ss.; M. SALANOVA VILLANUEVA, «El derecho del menor a no ser separado de sus padres», *Derecho Privado y Constitución*, n.º. 7, 1995, pp. 231 y ss.

interés podría hacer prevalecer el respeto del derecho a la vida familiar del menor por encima de otros intereses en juego⁸.

Ahora bien, para que la vida familiar sea tomada en consideración debe acreditarse una situación efectiva de convivencia o asistencia material⁹. Además, deberá analizarse el impacto que la expulsión pueda tener en la familia de la persona afectada y, especialmente, en los/as menores. En este aspecto deberán ponderarse diversos factores tales como la duración de la residencia, la edad de las personas involucrada, la situación de dependencia que pueda tener con respecto a sus familiares, los vínculos con el país de

8. La importancia de la jurisprudencia del TEDH requiere de poca explicación: constituye la vía autorizada de interpretación de las disposiciones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España por instrumento de 29 de septiembre de 1979 (BOE, de 10 de octubre de 1979), de acuerdo al cual, y en virtud de lo dispuesto por el art. 10.2 de la CE, habrán de interpretarse las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce. Han sido múltiples las ocasiones en las que, el Tribunal de Estrasburgo ha debido pronunciarse en controversias en torno a la separación de un/a menor de sus progenitores como consecuencia de la intervención de las autoridades a las que en cada país se halla confiado la protección de la infancia. A tal respecto, el Tribunal ha sentado que para progenitores e hijos/as, el estar juntos constituye una injerencia grave en la misma que habrá de ser satisfactoriamente fundamentada de acuerdo con el art. 8.2 CEDH (*Vid.*, a modo de ejemplo, STEDH, caso *Eriksson v. Suecia*, de 22 de junio de 1989, TEDH 1989\12; caso *Olsson v. Suecia*, de 24 de marzo de 1988, TEDH 1988\2; *W v. Reino Unido*, de 8 de julio de 1987, TEDH 1987\13; *Hokkannen v. Finlandia*, de 23 de septiembre de 1994, TEDH 1994\35, entre muchas otras). Así, el TEDH ampara en el art. 8 CEDH (respeto a la vida familiar) el derecho de aquellos que han visto su núcleo familiar disgregado como consecuencia de una separación a que se desplieguen todos los medios posibles de cara a propiciar una reunión tan pronto como sea posible. El derecho de los/as menores a no ser separados/as de sus progenitores, por el contrario, no se encuentra recogido expresamente en la Constitución, ni ha sido integrado, por vía interpretativa, en el art. 18.1 CE. No obstante, sí que ha tenido un relevante reconocimiento la jurisprudencia del TEDH en la materia. Para profundizar en la materia, se recomienda la lectura de M. I. ÁLVAREZ VELEZ, *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994; C. FORDER, «Legal Protection Under Article 8 ECHR: Marckx and Beyond». *Netherlands International Law Review*, 37 (2), 2009, pp. 162 y ss.; S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; F. SUDRE, «À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme», *La semaine juridique, Doctrine*, Paris, 75^{ème} année, n.º 28, 11 Juillet 2001, pp. 106 y ss.
9. Tal examen no solamente procede ser realizado en el momento de la condena, sino que también debe realizarse en el momento en el que se va a producir la expulsión efectiva. *Vid.* SSTEDH *Emre c. Suiza*, de 11 de octubre de 2011, JUR 2011\355365; *Onur c. Reino Unido*, de 17 de febrero de 2009, JUR 2009\58365; *Baghli c. Francia*, de 30 de noviembre de 1999, TEDH 1999\61; *Amrollahi c. Dinamarca*, de 11 de julio de 2002, JUR 2002\181196; *Ezzouhdi c. Francia*, de 13 de febrero de 2001, TEDH 2001\85; *Yilmaz c. Alemania*, de 17 de abril de 2003, TEDH 2003\18; *Khan c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010, JUR 2010\6513, entre otras.

destino, así como las dificultades que los/as cónyuges o descendientes puedan tener si deciden seguir a la persona expulsada al Estado de recepción¹⁰.

Habida cuenta de que España debe respetar siempre y en todo caso los derechos recogidos tanto en los Tratados internacionales suscritos en la materia, esto es, de un lado, en el artículo 9.1 CNUDN y, de otro, en el artículo 8 del CEDH, así como aquellos derivados del Derecho de la UE¹¹,

10. STEDH *Mehemi c. Francia*, de 10 de abril de 2003, JUR 2004\73104; *Boultif c. Suiza*, de 2 de agosto de 2011, JUR 2011\14112; *Khan c. Reino Unido*, de 12 de enero de 2010; *Nasri c. Francia*, de 13 de julio de 1995, TEDH 1995\23, entre otras. En nuestro ordenamiento nacional conviene señalar el art. 57.5 b) de la LOEx, que recoge que «antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado». No obstante, el Tribunal Supremo ha señalado que sí procede la expulsión «automática» de aquellas personas extranjeras residentes de larga duración que hayan sido condenados/as por delitos dolosos con penas superior a un año, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 57.5 ni en el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE (STS de 31 de mayo de 2018, RJ 2018\2630). Por su parte, el TEDH se ha opuesto a esta interpretación (STEDH, asunto *saber y Boughassal c. España*, de 18 de diciembre de 2018, TEDH 2018\135).
11. La UE ha desarrollado un conjunto normativo a través del cual se deducen diferentes límites a la actuación de los Estados miembros en materia de extranjería y especialmente con respecto a la expulsión de personas extranjeras del territorio europeo. Nos referimos principalmente a la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 24 de diciembre de 2008); Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004); Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE de 30 de abril de 2004); la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOUE de 2 de junio de 2001). Esta normativa se completa con la alusión contenida en la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» (DOUE de 19 de diciembre de 2017). A tal respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en consonancia, con la jurisprudencia dictada por el TEDH, se ha encargado de delimitar el alcance de dichas restricciones a través de su muy interesante jurisprudencia de la que se deriva que la existencia de un derecho efectivo a la vida familiar puede condicionar la expulsión de personas extranjeras que se encuentran en situación administrativa irregular (STJUE de 7 de diciembre de 2017, asunto C-636/16, TJCE 2017\232; de 8 de diciembre de 2011, asunto C-371/08, TJCE 2011\393; de 22 de diciembre de 2010, asunto C-303/08, TJCE 2010\413; de 8 de mayo de 2018, asunto C-82/16, TJCE 2018\101, entre otras). Para profundizar en este aspecto, nos remitimos al estudio realizado por F.J. MATIA PORTILLA, «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», *op.cit.*, pp. 255-264.

resulta evidente que el derecho de los/as menores a no ser separados/as de sus progenitores debe ser respetado por nuestras autoridades competentes. Por consiguiente, la intervención estatal en la vida familiar a través de la separación del/a menor de su núcleo familiar de origen es una solución extrema que requiere la necesaria gravedad de las circunstancias que autoricen dicha separación¹².

Las referencias examinadas a la primacía del rol de la vida familiar en el desarrollo integral de la infancia nos conducen a preguntarnos sobre las opciones de reintegración de los/as menores en la propia familia como objetivo a perseguir tras las separaciones, especialmente, aquellas ocasionadas en situaciones transfronterizas como consecuencia de la migración.

III. EL DERECHO A VIVIR EN FAMILIA DE LA INFANCIA MIGRANTE NO ACOMPAÑADA

España, por su situación geográfica constituye un enclave idóneo para los flujos migratorios¹³. En este contexto, el número de menores extranjeros/as no acompañados/as¹⁴ que llegan a nuestro país es muy elevado por lo que resulta necesario configurar un sistema de protección de la infancia que

12. A esta conclusión podemos llegar tras la lectura de los párrafos quinto y sexto del Preámbulo de la Convención, cuyo valor interpretativo no debe perderse de vista, donde se consagra a la familia de origen como hábitat natural e idóneo para el desarrollo de la infancia. Además, el principio de subsidiariedad de la responsabilidad del Estado en la crianza aparece reflejado en el art. 3.2 CNUDN, en cuya virtud las acciones por parte del Estado en garantía del bienestar de los/as menores tendrán en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, entre los que ocupa lugar destacado el derecho a la vida familiar, así como en otros preceptos de la Convención (arts. 5, 7, 8,16, 18.1,19).
13. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), SEC (2010) 534 (Bruselas, 6 de mayo de 2010, COM (2010) 213 final).
14. La primera cuestión que debe resolverse es definir la noción de infancia extranjera no acompañada. El art. 189 del RLOEx define al/a menor extranjero/a no acompañado/a como aquel/la menor extranjero/a de dieciocho años que «llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación». Para una primera aproximación al régimen jurídico aplicable a estos menores *vid.*: I. CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños», en C. MARTÍNEZ GARCÍA (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 765 y ss.

respete los intereses de este colectivo¹⁵. A tal respecto, es sabido que los/as menores extranjeros/as no acompañados/as¹⁶ se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad debido, entre otras razones, a su edad, a la lejanía de sus hogares y a la separación de los miembros de su familia¹⁷. Por ello, resulta esencial asegurar una protección efectiva a todo niño, niña y adolescente migrante no acompañado/a en su condición de menores de

15. Cualquier menor extranjero/a no acompañado/a que sea localizado/a en nuestro país debe inscribirse en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía Nacional, su gestión a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y su coordinación a la Fiscalía General del Estado (arts. 35 LOEx y 215 RLOEx). Sin embargo, en la actualidad, los datos que existen sobre este colectivo son escasos y poco fiables. Prueba de ello es que las cifras que figuran en el Registro y las que publica la Fiscalía General del Estado en su Memoria anual, con frecuencia, no coinciden. Valga como ejemplo la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2022, que señalaba que 2.375 menores extranjeros/as no acompañados/as llegaron a España por vía marítima en pateras. Por el contrario, en el Registro figuraban inscritos, ese mismo año, a fecha 31 de diciembre, 11.417.
16. L. SERRANO SÁNCHEZ pone de manifiesto que se pueden identificar hasta seis categorías jurídicas de menores migrantes no acompañados/as. A pesar de las diferentes clasificaciones, en la práctica administrativa española se aplica y reconoce tan solo una categoría jurídica de menor no acompañado/a, y es la categoría jurídica «MENA». Una práctica amparada en la laguna legal existente respecto al procedimiento de identificación del perfil del/a menor extranjero/a no acompañado/a. Al subsumirse las diferentes categorías jurídicas de menores no acompañados/as bajo la de «MENA», los/as menores quedan bajo la presión de los instrumentos coercitivos contenidos en la normativa de extranjería, cuyo fin está orientado al alejamiento, o, lo que es lo mismo, al mantenimiento del orden público, ignorando la condición de menor de estos sujetos, así como sus Derechos Humanos y las obligaciones internacionales adquiridas por España. Una situación que, según la autora, los/as aleja del acceso al procedimiento específico que les corresponde y del catálogo de derechos que poseen en atención a su situación y estatus jurídico específico (vid. L. SERRANO SÁNCHEZ, *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y el Salvador*, Universidad Pública de Navarra, 2021, pp. 219-222).
17. Nos gustaría señalar que esta situación de vulnerabilidad aumenta si necesitan algún estatuto de protección internacional. Los datos muestran que los/as menores extranjeros, especialmente los/as no acompañados, padecen graves problemas de acceso al procedimiento de protección internacional. Son varios los factores que explican esta situación y que necesitan ser resueltos con urgencia y que pusimos de manifiesto en la contribución «El acceso efectivo al procedimiento de protección internacional en España: espacial consideración a la situación de los menores solicitantes», en E. LÓPEZ BARBA (Dir.) *Estudios jurídicos sobre el bienestar social para una Andalucía más inclusiva*, Dykinson, Madrid, 2023, pp. 237 y ss. Igualmente, se recomienda la lectura de N. ARENAS HIDALGO, «El derecho de acceso al procedimiento de protección internacional de la infancia extranjera no acompañada. Interés superior del menor y enfoque de género en el sistema europeo de asilo», en Á. LARA AGUADO (Dir.) *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1419 y ss.

edad¹⁸. Cabe reflexionar sobre si la normativa estatal aplicable a este colectivo respeta los principios establecidos en la CNUDN, especialmente, el interés superior del/a menor¹⁹.

1. EL RETORNO AL PAÍS DE ORIGEN

Una vez determinado que la persona en cuestión se trata de un/a menor extranjero/a no acompañado²⁰, se debe proceder a la determinación de una

18. Con carácter general, la Ley española será la aplicable para adoptar las medidas de carácter protector respecto de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as que se hallen en territorio español [Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010)]. No obstante, en la disciplina de Derecho Internacional privado existen otras normas en materia de protección de menores, como el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores (DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019), en vigor desde el 1 de agosto de 2022. Sin embargo, ninguno de los instrumentos anteriores se pronuncia expresamente sobre la situación de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as no solicitantes de protección internacional, tal y como pone de manifiesto M. MOYA ESCUDERO, «Igualdad versus seguridad y control: los menores extranjeros en Europa», en P. J. MARTIN RODRÍGUEZ (Dir.), *Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la era del Brexit. XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 219 y ss.
- Para profundizar sobre los principales instrumentos reguladores de la competencia judicial internacional recomendamos la lectura de: B. CAMPUZANO DÍAZ y M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Capítulo IX: Las autoridades competentes para la protección de los niños y niñas: un análisis comparado de las normas aplicables a nivel europeo y en las relaciones con terceros Estados», en A. LARA AGUADO (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 353 y ss.
19. De acuerdo con el art. 3 CNUDN, «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». Si se trata de un/a menor desplazado/a, el principio ha de respetarse durante todos los momentos de la situación de desplazamiento. En todos esos momentos, al preparar una decisión que tenga repercusiones fundamentales en la vida del/a menor no acompañado/a, se deberá motivar la determinación del interés superior, lo que exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste/a y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección.
20. La primera cuestión relevante es comprobar la minoría de edad, ya que condicionará el régimen legal aplicable y, si es menor, la obligatoria declaración de desamparo y posterior asunción de la tutela por la Administración. Cuando los Cuerpos y Fuerzas

solución duradera que comienza con un análisis sobre las posibilidades de reunificación familiar. Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el art. 9 de la Convención de impedir que un/a menor sea separado/a de sus progenitores contra su voluntad, debe procurarse que el/la menor no acompañado/a se reúna con sus progenitores lo antes posible. Haciendo eco de dicho mandato, el art. 35.5 de la LOEx recoge que la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno del/a

de Seguridad del Estado localizan a un/a extranjero no acompañado/a cuya minoría de edad es indubitada, bien por su documentación o por su apariencia física, será puesto a disposiciones de los servicios de protección de menores competentes (art. 190.1 RLOEx). La edad se prueba normalmente, al igual que su identidad, con un documento como el pasaporte o cualquier otro documento al que la legislación nacional del/a extranjero/a otorgue eficacia en tal sentido. Si, por el contrario, el/la menor está indocumentado/a y no puede establecerse con seguridad su minoría de edad, los servicios autonómicos de protección de menores le darán la atención inmediata que requiere, de acuerdo con lo previsto en la legislación de protección jurídica del menor. En ambos casos hay que informar inmediatamente al Ministerio Fiscal de la presencia del/a menor. En el segundo supuesto, el Ministerio Fiscal dispondrá la determinación de su edad con la colaboración de las instituciones sanitarias para la realización de las correspondientes pruebas de determinación de la edad. En la práctica, son numerosas las quejas relacionadas con la incoación de procedimientos de determinación de la edad a personas extranjeras indocumentadas cuya minoría de edad no puede establecerse con seguridad. A tal efecto, en octubre de 2020, el Comité de los Derechos del Niño comunicó que se habían adoptado 14 decisiones contra España, desde 2019, sobre la cuestión de la determinación de la edad de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as, en concreto, se apreciaron violaciones de diferentes derechos de los/as menores recogidos en la Convención. Las garantías exigidas por el Comité de Derechos del Niño se recogen en diferentes resoluciones, tales como los dictámenes respecto de las comunicaciones 38/2017 de 28 de septiembre de 2020; 40/2018 de 28 de septiembre 2020; 22/2017 de 31 de mayo de 2019; 16/2017 de 31 de mayo de 2019; 11/2017 de 27 de septiembre de 2018. Igualmente, han sido recogidas por el Defensor del pueblo (Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2021*, Informe de Gestión, Madrid). El Tribunal Supremo también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión doctrina a raíz de la Sentencia núm. 307/2020 de 16 junio, RJ 2020\2274. Todo ello, ha impulsado un Anteproyecto de ley por el que se regula el procedimiento de evaluación de la edad y que pretende dar respuesta, por un lado, a las observaciones hechas a España por el Comité de Derechos del Niño, y por otro lado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición final vigésimo cuarta de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021). Dicho Anteproyecto puede consultarse en:

https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL_procedimiento_evaluacion_de_la_edad.pdf (última consulta en noviembre de 2023). La Secretaría de Estado de Justicia ha comunicado al Defensor del Pueblo en enero de 2023 que este Anteproyecto de Ley está pendiente de recibir el dictamen del Consejo de Estado y el informe del Consejo General del Poder Judicial. Hasta tanto la citada norma sea una realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia

menor a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares²¹ o, en su defecto, sobre su permanencia en España. Para ello, en primer lugar, se procurará la búsqueda de los miembros de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, iniciando el procedimiento correspondiente²². Por consiguiente, puede deducirse que, *a priori*, la normativa nacional identifica el interés superior del/a menor extranjero/a no acompañado/a con la repatriación que se efectuará bien mediante la reagrupación

mantiene el criterio de que, si el/la interesado/a aporta un acta de nacimiento y un pasaporte que no han sido impugnados, no es razonable considerarlo indocumentado, a efectos del art. 35.3 de la LOEx. A pesar de lo anterior, durante 2022, el Defensor del Pueblo ha recibido quejas en las que se exponía que, a pesar de la existencia de documentación identificativa, el menor había sido considerado indocumentado y sometido al procedimiento de determinación de la edad. Durante el último, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2022 se han incoado un total de 4.805 diligencias pre-procesales de determinación de la edad. De ellas, 1.264 han resultado ser mayores, 2.163 eran menores o existían posibilidades de que lo fueran y 1.378 han concluido sin determinación de la edad por abandono de los centros antes de poder practicarse diligencias. En el caso de Canarias, la situación es especialmente preocupante, ya que cientos de menores permanecen a la espera de que la fiscalía dicte el decreto de determinación de la edad. El Defensor del Pueblo ha solicitado ampliación de la información remitida, en relación con las actuaciones que se realicen para dotar, con carácter de urgencia, de los medios humanos necesarios a la Fiscalía Provincial de Las Palmas, al objeto de agilizar la resolución de la gran cantidad de expedientes de determinación de la edad que se encuentran en curso [Vid., DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe Anual 2022, Informe de Gestión, Madrid, pág. 733 y ss., disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2022/> (última consulta en noviembre 2023)].

Para una mayor aproximación a la problemática actual, la postura del Comité de los Derechos del Niño y la aprobación del Anteproyecto de ley se recomienda a la lectura de: A. SOLARES CORELLA, N. HERNÁNDEZ MORENO, «El controvertido procedimiento determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño», *Revista de estudios Europeos*, vol. 80, 2022, pp. 273 y ss.

21. El reasentamiento en un tercer país puede ofrecer una solución del/a menor no acompañado/a que no pueda retornar a su país de origen y para el que no sea posible contemplar una solución duradera en el país de acogida. La decisión de reasentar al/a menor no acompañado/a debe basarse en una evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección. El reasentamiento está particularmente indicado si constituye el único medio para proteger efectiva y establemente al/a menor contra la devolución o la persecución u otras graves violaciones de los derechos humanos en el país de estancia (Vid. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General núm. 6 sobre el trato de los menores no acompañado y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005, CRC / CG/ 2005/ 6, aptdo. 27).
22. Una vez localizado/a y asumida por las autoridades competentes la protección de un/a menor extranjero/a no acompañado/a, las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno competentes en razón de su territorio, tramitarán conforme al art. 191 del RLOEx las actuaciones necesarias para determinar y asegurar la efectiva protección

familiar, bien mediante la puesta a disposición del/a menor ante los servicios de protección de menores del Estado receptor, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela (art. 35.3 *in fine* LOEx). Por lo tanto, se observa que, la retórica que impregna la normativa española de extranjería es que el interés superior del/a menor está en su reintegración familiar en el Estado donde se encuentre su familia o existan servicios de protección que se hagan cargo de este/a. En definitiva, el fin es reintegrarlo en un entorno fuera de las fronteras españolas²³.

Ahora bien, pueden darse los casos en los que el retorno de estos/as menores no sea adecuado²⁴. Por ello, la Observación General n.º 6 del

del/a menor, tanto en la incoación del procedimiento como en la tramitación y resolución del mismo, mediante intervención garantista de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, la cual emitirá informe de idoneidad de la representación diplomática del país de origen del/a menor sobre las circunstancias familiares de éste/a, ya que por resolución entendemos que la administración deberá garantizar la correcta recepción por sus progenitores o representantes legales que garanticen los derechos e intereses del/a menor repatriado/a. En caso de haberse determinado la repatriación del/a menor, el procedimiento a seguir sería la incoación de la repatriación siempre que se considere interés superior del/a menor, es decir, que la reagrupación con sus progenitores es la mejor decisión a favor del menor, y en aras de la protección de semejante principio, deberán estar en consonancia todas las administraciones intervinientes, tanto las administrativas como las judiciales de que la procedencia de dicha decisión es lo más beneficioso para el/la menor o se procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del/a menor, de su persecución o la de sus familiares. Además, el órgano administrativo competente deberá acreditar que el procedimiento está sometido a las garantías procesales tipificadas en el art. 193 RLOEx que consisten básicamente en otorgarle al/a menor trámite de audiencia conforme a derecho, asistido en su caso de intérprete que garantice su entendimiento, con el fin de que exprese cualquier alcance o circunstancia que pudiera dar lugar a la alteración de la declaración de idoneidad presumida de que tal procedimiento es la mejor opción para garantizar la integridad y garantía de los derechos fundamentales del/a menor.

23. Tal es la intención del legislador nacional que en el aptdo. 8 del artículo 35 se establece que: «La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el aptdo. cuarto de este artículo», por lo que se deduce que la prioridad es la repatriación del menor. En el mismo sentido se muestra el art. 196 .3 RLOEx.

24. No solo nos referimos al retorno a Estados donde acontecen situaciones de violencia indiscriminada, sino también a Estados en los que la propia familia anima al/a menor a emigrar. Este es el supuesto que el TEDH analizó en el asunto *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (STEDH núm. 13178/03, de 12 de octubre de 2006, JUR 2006\244338), en el que señaló que la reagrupación familiar no es una solución compatible con el interés superior del/a menor en el supuesto de que los miembros de la familia inciten u obliguen al/a menor a emigrar. Además, consideramos que en la misma situación se situarían aquellos/as menores que han sufrido violencia de género o que padecen alguna discapacidad física, psíquica o sensorial. Estos sujetos se caracterizan por ser especialmente vulnerables y por requerir un nivel de protección aún

Comité de los Derechos del Niño señala²⁵ expresamente que, la repatriación del/a menor extranjero/a no acompañado/a será conforme con el principio del «interés superior» si el Estado receptor dispone de mecanismos suficientes para poder garantizar la seguridad personal del/a menor, así como atender a sus necesidades individuales. A tal respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado en el asunto C-441/19, de 14 de enero de 2021, que el Estado de acogida, antes de dictar una decisión de retorno respecto de un/a menor extranjero/a no acompañado/a, debe realizar una apreciación exhaustiva, caso por caso, de la situación de dicho/a menor, comprobando que en el país de retorno se encuentra disponible una acogida adecuada para el/la menor²⁶.

Así pues, la reunificación familiar a través del retorno del/a menor no debe entrar en consideración si existe un riesgo razonable de violación de los derechos fundamentales del/a menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución²⁷. En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del/a menor es primordial y presupuesto del disfrute de los

mayor. Su particular vulnerabilidad debería ser argumento más que suficiente para comprender que la repatriación de estas personas supondría un menosprecio al interés superior del menor.

25. Observación General N° 6, *op.cit.*, apartados 27, 84 y 86.

26. STJUE, caso *TQ c. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, de 14 enero 2021(TJCE 2021\6). El Estado miembro de que se trata ha de tener debidamente en cuenta varios factores para decidir si adopta o no una decisión de retorno contra un/a menor no acompañado, a saber, la edad, el sexo, la especial vulnerabilidad, el estado de salud física y mental, la estancia en una familia de acogida, el nivel de escolarización y el entorno social de dicho menor (par. 47). Esta obligación de realizar tal investigación solo existiría en la fase de expulsión del territorio del Estado miembro y no dispensa de otras obligaciones de comprobación impuestas por la Directiva 2008/115, en particular, la exigencia de tener en cuenta el interés superior del menor en todas las fases del procedimiento (par. 50 y 51). El hecho de que el Estado miembro de que se trate adopte una decisión de retorno sin haberse asegurado previamente de la existencia de una acogida adecuada en el Estado de retorno para el menor no acompañado tendría como consecuencia que ese menor, aunque haya sido objeto de una decisión de retorno, no podría ser expulsado en caso de inexistencia de una acogida adecuado en el Estado de retorno, con arreglo al art. 10.2 de la Directiva 2008/115 (par. 52), porque el menor no acompañado se encontraría en una situación de gran incertidumbre en cuanto a su estatuto jurídico y a su futuro, en particular, en cuanto a su escolarización, a su relación con una familia de acogida o a la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de que se trate, lo cual sería contrario a la exigencia de proteger el interés superior del menor en todas las fases del procedimiento (par. 53 y 55). En el mismo sentido, *vid.* STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-249/12, TJCE 2014\400; de 8 de mayo de 2018, C-82/16, TJCE 2018\101, entre otras.

27. Con respecto, al respeto al principio de no devolución, debe subrayarse que, en el marco del trato adecuado de los/as menores no acompañados/as, los Estados deben respetar íntegramente las obligaciones de no devolución resultantes de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional de las

demás derechos, incluido el derecho a la vida familiar. En síntesis, el retorno al país de origen o la repatriación a un Estado diferente sólo podrá contemplarse si redundan en el interés superior del/a menor en cuestión²⁸. En suma, el Estado debe cerciorarse de que el/la menor será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Así pues, aunque el objetivo del Estado español es que estos/as menores sean retornados/as, lo cierto es que la mayoría de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as que llegan a España son menores de imposible

personas refugiadas, en particular, este principio se encuentra consagrado, en particular, en el art. 33 de la Convención de Ginebra, si bien se considera una norma de Derecho internacional consuetudinario, con valor de norma de *ius cogens*. En el ámbito regional art. 19 CDFUE amplía el ámbito de aplicación del principio de no devolución, de conformidad con las obligaciones adquiridas en este ámbito. A su vez, es considerado uno de los principios informadores del sistema europeo común de asilo (art. 28.2 Directiva 2013/32). Al respecto, *vid.* J. ALLAIN, «The Jus Cogens Nature of Non-refoulement», *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, 2001, pp. 533-538. Así pues, en cumplimiento de dichas obligaciones, los Estados no trasladarán al/a menor a un Estado en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el/la menor, sea en el país hacia el que se efectuará el traslado, sea a todo país al que el/la menor pueda ser ulteriormente trasladado/a. La evaluación del riesgo de dichas violaciones graves deberá efectuarse teniendo en cuenta la edad y el género y tomando asimismo en consideración, por ejemplo, las consecuencias particularmente graves para los/as menores que presenta la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios.

28. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas: la seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el/a menor a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país; la existencia de mecanismos para la atención individual del/a menor; las opiniones del/a menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12 CNUDN, así como las de las personas que le atienden; el nivel de integración del/a menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen; el derecho del/a menor a «preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares» (art. 8 CNUDN); la «conveniencia de que haya continuidad en la educación del/a menor» y se preste atención «a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (art. 20 CNUDN).

Si los progenitores o miembros del círculo familiar ampliado no estuvieran en condiciones de atender al/a menor, el retorno al país de origen no se efectuará, en principio, sin tomar previamente disposiciones seguras y concretas de atención y custodia al regreso al país de origen. Excepcionalmente, el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del/a menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor. Así puede suceder cuando éste/a representa un grave peligro para la seguridad del Estado o de la sociedad. Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior (*Vid.* Observación General N° 6, *op.cit.*, aptdo. 24).

repatriación, bien por desconocimiento de progenitores o bien, por incertidumbre de garantías de la protección del/a menor en caso de retorno. Prueba de ello es el escaso número de repatriaciones realizadas. Durante el año 2022, a diferencia del año anterior, en el que no se produjo ninguna repatriación, se han tramitado por la fiscalía de menores dos expedientes de repatriación de menores con resultado favorable a la repatriación²⁹.

Por tanto, puede deducirse que, de conformidad con lo estipulado en el art. 10 de la CNUDN y en el art. 8 del CEDH³⁰, existe una obligación para los Estados de búsqueda activa de los familiares de los/as menores no acompañados/as para cuyo cumplimiento sería recomendable contar con un protocolo de actuación para la reunificación familiar que resulte eficaz y garante con el respeto del interés superior de la infancia. No obstante, en el supuesto de que las autoridades nacionales no puedan asegurar dichas condiciones o ante la existencia de riesgo o peligro para la integridad del/a menor, de su persecución o la de sus familiares, cabe admitir la permanencia del/a menor extranjero/a no acompañado/a en nuestro país³¹.

2. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Ante el supuesto de que las autoridades competentes no puedan asegurar el retorno de la persona menor de edad al Estado donde residan sus familiares, se debe admitir la permanencia de la persona en el territorio

29. Memoria de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, p. 736.

30. Para que se respete el derecho de los/as menores a la vida en familia es necesario crear mecanismos efectivos para la búsqueda de los familiares del/a menor que se encuentran en país seguro (*vid.* I. LÁZARO GONZÁLEZ, «La acogida en España de los niños refugiados», en J. M. VELASCO RETAMOSO (Dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 180).

31. De forma paralela a la realización de los trámites analizados hasta ahora con respecto a la reunificación del/a menor con sus familiares, el/la menor debe ser protegido durante el tiempo en el que se resuelva su situación administrativa para, ser retornado a su Estado o de origen, o bien, residir en España. Por ello, en el Capítulo VII del Protocolo se prevé la guarda y tutela de estos/as. En este respecto, se comienza señalando que la Entidad pública de protección de menores prestará la atención inmediata y el acogimiento que el/la menor requiera. Se trata de analizar la acogida de los/as menores extranjeros/as no acompañados/as y los procedimientos a seguir para la declaración de su situación de desamparo, establecimiento de tutela que corresponderá, por ministerio de la Ley, a la Administración Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y acogimiento en una familia o, como suele suceder, en un centro residencial. El estudio de estas cuestiones desborda los límites del presente trabajo por lo que nos remitimos a lo analizado por C. VARELA GIL, «tutela y guarda de menores no acompañados en Andalucía», en AAVV, *Tutela multinivel de los mena y cooperación al desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 123 y ss.

nacional, regularizando su situación administrativa³². En este contexto, cabe preguntarse si el/la menor, en calidad de extranjero/a residente en España, podría hacer venir a sus familiares, a través del procedimiento de reagrupación familiar, ya que, la lógica aspiración del inmigrante que permanece en el Estado de acogida es la normalización de su vida familiar y, en consecuencia, traer consigo a los miembros de su familia³³.

32. De conformidad con lo establecido en el artículo 35.7 LOEx, se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los/as menores que sean tutelados/a en España por una Administración o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. La integración en el país de acogida se basaren un régimen jurídico estable a través del otorgamiento de una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraen al momento en el que el/la menor hubiese sido puesto/a a disposición de los servicios de protección de menores. El Comité de los Derechos del Niño ha mostrado su preocupación por el hecho de que las autoridades españolas incumplen la obligación de proporcionar a estos/as menores la autorización de residencia, en tiempo y forma. En la actualidad, la Oficina de Extranjería de la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia correspondiente tramitará el expediente por el que se otorga la autorización de residencia, una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor y, en todo caso, transcurridos noventa días desde que haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores (art. 196.1 RLOEx). Este precepto ha sido reciente modificado a través del Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 2021). En la anterior regulación, el art. 196 del Reglamento concretaba un plazo de nueve meses desde que el/la menor ha sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores a partir del cual se entiende que queda acreditada la incapacidad de repatriación para proceder a otorgar su autorización de residencia. Si bien, tal y como reflejaban diversos informes del Defensor del Pueblo ello suponía un período que había demostrado ser excesivamente largo y suponía que muchos de estos/as menores accedieran a la mayoría de edad sin la debida documentación, lo que les abocaba a una situación irregular, que podría comportar su expulsión del territorio nacional de conformidad con lo dispuesto en los arts. 57 y 58 LOEx. Ello podría evitarse, tal y como destaca M.D. ORTIZ VIDAL, si la persona, durante su minoría de edad, adquiere la nacionalidad española en virtud de lo recogido en el art. 22.2 c) del Código Civil (*vid.* M.D. ORTIZ VIDAL, «Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia», *REEL*, n.º. 41, 2021, p. 22).

A la vista de los datos facilitados por la Dirección General de Migraciones, el impacto de la citada reforma un año después de su aprobación puede considerarse muy positivo. Se han concedido 6.507 autorizaciones de residencia a menores extranjeros/as no acompañados/as (*vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, *op.cit.*, 2022, p. 734).

33. Debe tenerse en cuenta que, aunque el art. 35 de la LOEx, en los términos ya examinados, alude a la «reagrupación familiar», lo hace con el único propósito de materializarla en los lugares de origen y no en el Estado de acogida. A tal respecto, la Directiva

A pesar de que la situación administrativa de estos/as menores es regular (art. 35.7 LOEx), los/as mismos no son titulares del derecho a la reagrupación familiar, de conformidad con la regulación de este derecho en los arts. 16 y 17 LOEx³⁴. De dichas disposiciones se desprende una noción de la «reagrupación familiar» patriarcal que impide que los/as menores sean contemplados como posibles reagrupados, pero no como reagrupantes, salvo que siendo residentes en situación administrativa legal en España contraigan matrimonio durante su minoría de edad con una persona extranjera o en el caso de que el ascendiente mayor de sesenta y cinco años se encuentre a cargo del/a menor³⁵. Este vacío jurídico impide el derecho de entrada y residencia en el Estado de acogida a los progenitores del/a menor no acompañado/a. De ahí que el único resquicio que quede sea que, una vez que alcancen la mayoría de edad, y siempre que cumplan los requisitos previstos para su ejercicio, puedan reagrupar a sus familiares conforme a la regulación ordinaria³⁶.

Sin embargo, en el caso de menores extranjeros/as no acompañados/as refugiados/as, el art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE recoge la posibilidad

2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, (DOUE núm. L. 251, de 3 de octubre de 2003), es el principal instrumento con relación a la reunificación familiar de personas extranjeras.

34. En el Derecho de extranjería se conoce como «reagrupación familiar» la reunificación con una persona residente en un Estado del que no es nacional de los miembros más próximos de su familia residentes en un país distinto. Se entiende, por tanto, por reagrupación familiar el procedimiento que las normas de extranjería ofrecen a ciertos familiares de la persona extranjera que reside en España con el fin de facilitar el reencuentro de la familia den el país de acogida. La LOEx reconoce a las personas extranjeras residentes en España este derecho a la vida en familiar (art. 16.1) que podrán reagrupar a los familiares a que se refiere el art. 17.1 de la Ley (vid. I. CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, «Cuestiones de derecho de extranjería y de la protección internacional en la vida de los niños», *op. cit.*, p. 765).
35. A nuestro juicio, estas disposiciones generan un perfil determinado de familias que no responde a todas las realidades familiares migrantes posibles, ni se ajusta a las posibilidades previstas por el Estado de acogida para tutelar la protección y bienestar social de estas familias, sino que, más bien, buscan restringir sobre la llegada, la permanencia, y la integración de los inmigrantes y sus familiares en los Estados de acogida.
36. Para que sea posible la reagrupación familiar no basta con la existencia del vínculo familiar, sino que es necesario el cumplimiento de otros requisitos que se establecen en el artículo 18 LOEx cuyo estudio desbordan los límites del presente trabajo y para lo que recomendamos la lectura de: P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, pp. 375 y ss.; C. BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, «Familias transnacionales y derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho a la reagrupación familiar en España», *Deusto Journal of Human Rights*, 2017 (1), pp. 77 y ss.; M.N. ARRESE IRIONDO, *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011.

de que el/la mismo pueda ser sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar. En estos casos, los Estados miembros estarán obligados a autorizar la entrada y residencia, con fines de reagrupación familiar, a los ascendientes en línea directa y en primer grado de estos/as menores³⁷. No obstante, cabe advertir que, a pesar de que la normativa europea reconozca como sujeto titular del derecho a la reagrupación familiar a la persona extranjera menor de edad no acompañada refugiada, España no reconoce en su normativa interna la titularidad de este derecho a este colectivo³⁸. Esto se debe a que la reagrupación familiar es contemplada como un mecanismo de entrada sujeta a la soberanía del Estado cuyos requisitos para su ejercicio no son flexibles, sino que se aprecia un excesivo rigor en la aplicación de la normativa de extranjería respecto a la esfera familiar de los/as inmigrantes³⁹. Por tanto, esta situación genera inseguridad jurídica y vulnerabilidad al/a menor extranjero/a no acompañado/a de su entorno familiar, y, en particular, al/a menor refugiado/a. Por ello, abogamos por que los Estados interpreten el derecho a la reagrupación familiar de una forma flexible y expansiva utilizando criterios que atiendan a las situaciones específicas de estos/as menores y, especialmente, a su interés superior.

37. El art. 10.3 de la Directiva 2003/86/CE manifiesta que, si la persona menor de edad no acompañada fuera refugiada, los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado, sin aplicar los requisitos establecidos en la letra a) del apdo. 2 del artículo 4, esto es, sin necesidad de que los/as descendientes estén a cargo del menor y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen. Además, en el supuesto de que el/la menor no tenga estos ascendientes o no se localicen, de conformidad con lo previsto en la letra b) del mismo precepto, el Estado podrá autorizar la entrada y residencia de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, con fines de reagrupación familiar. En cuanto se refiere a los/as menores no acompañados/as solicitantes de asilo, el concepto de reagrupación varía y este caso se trasladaría al/a menor de un Estado miembro a otro Estado donde residieran legalmente miembros de la familia o parientes, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento 604/2013. Se deduce que el concepto de «familia» empleado en el caso de los/as menores no acompañados/as solicitantes de asilo es más amplio que el supuesto de los/as menores acompañados refugiados.
38. Los/as menores no son contemplados como posibles reagrupantes tanto en la normativa española de extranjería como en la de asilo [arts. 40 y 41 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE, núm. 263, de 31 de octubre de 2009)]. En el caso de los/as menores refugiados/as, se estarían violando las bases mínimas impuestas por el Derecho europeo en el 10.3 de la Directiva 2003/86/CE.
39. *Vid.* al respecto: E. LA SPINA, «La reestructuración ideal de las familias migrantes en la ley de extranjería», *Athenea Digital*, vol. 13(3), 2013, p. 154.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque los niños y niñas, adolescentes y jóvenes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por España, lo cierto es que no siempre tienen garantizada la efectividad de tales derechos, en especial, cuando protagonizan situaciones de movilidad internacional. Así, con frecuencia, las autoridades competentes en materia de menores no realizan la interpretación de las normas destinadas a la defensa de sus intereses de la forma más adecuada para optimizar el principio del «interés superior del menor» y garantizar la mejor efectividad de sus derechos, entre ellos, el derecho al respeto a su vida familiar.

En este contexto, resulta preocupante la infancia migrante no acompañada de adultos/as que se responsabilicen de forma adecuada de sus necesidades y atenciones. En estas situaciones, la entrada en España de estos/as menores no siempre se produce rodeada de todas las garantías necesarias. En efecto, se aprecian múltiples obstáculos en el ejercicio de sus derechos en las diferentes fases del procedimiento en virtud del cual se decide una solución duradera con el fin de resolver la situación de desprotección en la que se encuentran. El principal impedimento está relacionado con la ausencia de una entrevista personal e individual que posibilite la correcta categorización jurídica. La asignación automática en una única categoría legal como «menores extranjeros/as no acompañados/as» no se corresponde con las diferentes realidades migratorias y provoca que estos/as menores queden bajo la presión de los instrumentos coercitivos contenidos en la normativa de extranjería, cuyo fin está orientado al mantenimiento del orden público, ignorando su condición de menor, así como sus Derechos Humanos y las obligaciones internacionales adquiridas por España en la materia. Esta situación, a la postre, los/as aleja del acceso al procedimiento específico que les corresponde y del catálogo de derechos que poseen en atención a su situación y estatus jurídico específico.

En lo referente a la vida familiar, nuestro ordenamiento jurídico también adolece de fallos que impiden garantizar la efectividad del respeto al derecho a la vida familiar de las personas menores. Habitualmente, la primera respuesta comienza con el análisis de la posibilidad de reunificación familiar a través del retorno del menor al Estado de origen o a un tercer Estado donde se encuentren sus familiares. No obstante, en múltiples ocasiones, la falta de unas condiciones idóneas de acogida en el Estado de retorno, la prevalencia de su integridad física o el respeto de sus derechos fundamentales, desaconsejan el retorno del menor a su unidad familiar. Tal sería el caso de aquellos/as menores que han sufrido violencia de género o que

padecen alguna discapacidad física, psíquica o sensorial. Su particular vulnerabilidad debería ser argumento más que suficiente para comprender que la repatriación de estas personas supondría un menosprecio a su interés superior. Por consiguiente, se resalta la necesidad de realizar una ponderación exhaustiva, por parte de las autoridades nacionales, de los intereses en juego en cada caso, así como de las circunstancias específicas de cada menor, de forma que se garantice la primacía del interés superior del/a menor sobre cualquier otro.

Así pues, con independencia de la situación administrativa de estos/as menores, debe garantizárseles una protección inmediata, no basada en el cuestionamiento de su edad, sino en su máxima protección. Para ello, deberá ponerse el acento en la necesidad de garantizarles la efectividad y optimización de los derechos de la infancia migrante, corrigiendo, en particular, la interpretación de las normas en materia de reagrupación familiar que contravengan la efectividad de su derecho a la vida familiar, y reconduciendo su aplicación hacia la satisfacción del mejor interés del/a menor.