

EL LABERINTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES ABANDONADOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

María del Carmen CHÉLIZ INGLÉS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PLURALIDAD DE FUENTES, DIVERSIDAD DE CONCEPTOS DE «MENOR».—3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DISTINTAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES.—3.1. El encaje de las normas de Derecho internacional privado con las normas de extranjería.—3.1.1. Distorsiones causadas por las distintas nociones de «menor» empleadas.—3.1.2. Distorsiones causadas por el desajuste en las normas de atribución de competencia.—3.2. Relación entre el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas II bis.—3.2.1. Cuestiones problemáticas en la aplicación de ambos instrumentos.—a) Distinto concepto de menor y los menores emancipados.—b) El *forum presentiae* y los menores refugiados e internacionalmente desplazados.—c) Reconocimiento y ejecución de medidas de protección.—3.2.2. Novedades introducidas por el Reglamento Bruselas II ter.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el fenómeno de los desplazamientos forzosos que afectan a menores no acompañados es una realidad creciente en la Unión Europea (en adelante UE) y, de manera especialmente acusada, en España. A modo de ejemplo, según datos del Registro de Menores extranjeros no acompañados (en adelante MENA), a mediados del año 2019, en nuestro país, había más de 12.300 MENA¹. Estos menores requieren una especial protección, aten-

* Profesora Ayudante Doctor en la Universidad de Zaragoza y miembro del IUI en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad (IEDIS) de la Universidad de Zaragoza (mcheliz@unizar.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 3 de junio de 2021.

¹ Con todo, estos datos hay que tratarlos con cautela, ya que no coinciden con los datos proporcionados por las CCAA, que en la mayoría de ocasiones muestran que el número de menores registrados es considerablemente inferior a la cifra real de MENA en España. El propio Defensor del Pueblo, en su Informe del año 2019, denunció la «escasa fiabilidad» de los datos del Registro y puso de relieve estas discrepancias. Informe disponible en el siguiente enlace: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2020/05/I_Informe_gestion_2019.pdf.

diendo a la triple condición que ostentan (en tanto que niños, abandonados y migrantes), que les sitúa en una situación particularmente vulnerable.

La protección de los menores migrantes abandonados es una materia en la que confluyen la normativa de Derecho internacional privado (en adelante DIPr) sobre protección de la infancia y la normativa de extranjería. Son muchas las cuestiones que les pueden afectar, desde el otorgamiento de la condición de refugiados y el procedimiento a seguir, la reagrupación familiar, el nombramiento de un representante o la adopción de medidas de protección como el acogimiento. Se observa, por tanto, una estrecha vinculación entre las normas de Derecho privado y las normas de Derecho público que van a resultar aplicables a estos menores y que va a ser necesario coordinar en aras de garantizar una adecuada protección de los mismos. Dado que se trata de menores, debe tenerse en cuenta que el principio rector que ha de regir todas las medidas y decisiones adoptadas en torno a estos niños es el interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado que requiere de concreción en cada preciso caso².

En materia de extranjería, la UE cuenta con un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), de protección subsidiaria y protección temporal de desplazados, que contiene disposiciones específicas aplicables a los menores refugiados. A este marco común de la UE, habría que añadir la normativa española, entre la que destaca la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y el Reglamento que la desarrolla³.

Por su parte, en el ámbito del DIPr, existen una multiplicidad de fuentes que regulan la adopción de medidas de protección a favor de estos niños⁴, entre las que se deben resaltar el Convenio de La Haya de 1996 (en

² Véase el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, así como la Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1). Ponen de manifiesto la importancia de atender al principio del interés superior del menor en los procesos relacionados con los MENA, entre otros, ALCOLADO CHICO, M. T., «Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados», *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 3, 2018, núm. 2, p. 155; ORTIZ VIDAL, M. D., «Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: Soluciones previstas y principio del interés superior del menor», en GARCÍA GARNICA, M. C. y MARCHAL ESCALONA, N. (dirs.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 400-405; ALONSO GARCÍA, M. N. y CARRIZO AGUADO, D., «La problemática situación en la que se encuentran los menores extranjeros no acompañados: entre la desesperación y la protección», *El tiempo de los Derechos*, 2019, núm. 13, pp. 4-6; Díez MORRÁS, F. J., «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2012, núm. 10, p. 98.

³ El SECA está compuesto, en la actualidad, por tres Directivas (Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011; Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013; y Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio de 2013), y dos Reglamentos (Reglamento. 603/2013, de 23 de junio de 2013; y Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013).

⁴ Se ocupa de esta «hiperinflación normativa», y destaca los problemas de la colisión normativa en materia de protección de niños GARAU SOBRINO, F., «Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, marzo de 2011, núm. 1, pp. 282-289.

adelante CH'96), el Reglamento Bruselas II bis (en adelante RBIIbis) y el novedoso Reglamento Bruselas II ter (en adelante RBIIter), cuyos ámbitos de aplicación se van a ver solapados en muchas ocasiones. En concreto, los tres instrumentos mencionados se ocupan de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia de protección de menores (y el CH'96 también se refiere al sector de ley aplicable). Los dos primeros (competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución) serán los sectores del DIPr en los que se va a centrar, en especial, el presente estudio. A estos instrumentos, además, hay que sumar las normas internas de DIPr español, que se ocupan de estas cuestiones en defecto de instrumento internacional o regional aplicable.

La existencia de esta multiplicidad de fuentes deriva en un sistema dotado de una gran complejidad, en el que se entremezcla (y no siempre en armonía) la normativa de extranjería con los instrumentos de DIPr⁵. Este panorama legislativo, puede suponer un obstáculo para la correcta aplicación de las distintas normativas, que puede acabar mermando la protección de los menores no acompañados. Ello hace necesario delimitar correctamente el ámbito de aplicación de cada instrumento. Con este objetivo, en primer lugar, hay que atender a la disparidad en cuanto al propio concepto de «menor» recogido en cada una de estas normas.

2. PLURALIDAD DE FUENTES, DIVERSIDAD DE CONCEPTOS DE «MENOR»

A la pluralidad de fuentes ya referida hay que sumar una dificultad añadida, como es la problemática derivada de las diferentes nociones acerca del propio concepto de menor, que se proporcionan en dichos instrumentos.

Dentro de la normativa de DIPr, el CH'96, en su art. 2, indica que «el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años». En la misma línea, el art. 2.2.6) del RBIIter define como menor a «toda persona que tenga menos de 18 años». Igualmente, por lo que respecta a la normativa en materia de extranjería, en las Directivas y Reglamentos que conforman el SECA se define «menor» como «el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años»⁶.

Sin embargo, el RBIIbis a lo largo de su articulado en ningún momento define ni delimita el concepto de «menor». Por consiguiente, para determinar si una persona es considerada mayor o menor de edad a los efectos del Regla-

⁵ Analiza esta cuestión JIMÉNEZ BLANCO, P., «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, núm. 35, especialmente pp. 2-14.

⁶ Art. 2.k) de la Directiva 2011/95, art. 2.l) de la Directiva 2013/32, art. 2.d) de la Directiva 2013/33, y art. 2.i) del Reglamento 604/2013: «“Menor”: un nacional de un tercer país o un apátrida menor de 18 años».

mento, debe acudirse a las normas de DIPr de cada Estado miembro, lo que podría ocasionar divergencias en la práctica.

Estas divergencias son especialmente acusadas teniendo en cuenta que tanto el CH'96 como el SECA, como se ha indicado, entienden como menor a los menores de dieciocho años⁷. Tal discrepancia puede acarrear problemas en la aplicación práctica de ambos instrumentos, que serán analizados más adelante.

Por otro lado, hay otro factor a tener en consideración, que añade todavía mayor complejidad a la situación, como es el tratamiento que han de recibir los menores emancipados. Estos menores se encuentran en una situación muy particular, ya que algunos instrumentos los incluyen dentro de su ámbito de aplicación, mientras que otros los excluyen.

Entre los primeros, que han incluido a los emancipados dentro de la noción de «menor», destacan el CH'96⁸ y el RBIIter⁹. Asimismo, del art. 8 del Reglamento 604/2013 (en adelante Reglamento Dublín III), que forma parte del SECA, se desprende su aplicación también a los menores emancipados.

Por el contrario, en la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis, expresamente se indica que las resoluciones dictadas respecto de los menores emancipados no se consideran en principio materia de responsabilidad parental y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Esta pluralidad de concepciones del término «menor», y la situación de los menores emancipados, refuerza los atolladeros presentes en esta materia tan compleja. Ambas circunstancias pueden ocasionar confusión en la práctica y repercutir en una aplicación errada de la normativa en cuestión. Por ello, a continuación se va a delimitar el ámbito de aplicación de cada instrumento, teniendo en cuenta la situación de los MENA en nuestro país.

3. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DISTINTAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el presente estudio, se trata de una materia en la que convergen normas de Derecho público y de Derecho privado. En este contexto, va a ser necesario examinar, por un lado,

⁷ Aborda la cuestión de la minoría de edad en los distintos instrumentos normativos en el marco de la extranjería DURÁN RUIZ, F. J., *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.

⁸ Aunque el CH'96 no hace referencia expresa a la situación de los menores emancipados, el Informe Lagarde (párr. 15) sí que especifica que los emancipados están incluidos dentro del ámbito de aplicación del Convenio. Informe disponible en el siguiente enlace: <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>.

⁹ La definición de menor prevista en su art. 2.2.6) no indica nada sobre esta cuestión. Sin embargo, el considerando 17 del Reglamento establece que: «Debe aplicarse a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo, en casos de emancipación por matrimonio».

el encaje de las normas de DIPr con las normas de extranjería y, por otro lado, la relación de los instrumentos de DIPr entre sí.

3.1. El encaje de las normas de Derecho internacional privado, con las normas de extranjería

En el marco de la UE, el procedimiento para la solicitud de protección internacional de los MENA viene regulado en el SECA¹⁰. Con independencia de otras cuestiones de indudable interés, como la determinación de la edad de los menores¹¹, o los derechos reconocidos a los mismos en el SECA, lo relevante a los efectos del presente trabajo son las distintas medidas de protección que se pueden adoptar en el marco de un proceso de protección internacional, respecto a los MENA.

En concreto, las autoridades han de decidir acerca de conceder o no dicha protección, pero también han de adoptar otras decisiones asociadas, como el nombramiento de un representante del menor que lo acompañe durante todo el proceso, el nombramiento de un tutor, o el acogimiento del menor. En consecuencia, sobre la situación de un mismo menor confluyen distintas medidas de protección que pueden ser adoptadas, y sobre cada una de ellas es preciso determinar si resultan aplicables las disposiciones del SECA y las normas de DIPr sobre la materia.

Parece claro que la decisión principal sobre el otorgamiento o no de la protección internacional es una cuestión regulada por el Derecho de extranjería. Tanto el considerando 10 del RBIIbis, como el art. 4.j) del CH'96 indican que las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración están excluidas de los ámbitos de aplicación de sendos instrumentos. Así, se trata

¹⁰ Las normas del SECA incorporan el interés superior del menor como consideración primordial a tener en cuenta durante todo el procedimiento. Así se establece, entre otras disposiciones, en el art. 20.5 de la Directiva 2011/95; el art. 25.6 de la Directiva 2013/32; el art. 23.1 de la Directiva 2013/33; el considerando 35 del Reglamento 603/2013, y el art. 6.1 del Reglamento 604/2013.

¹¹ Cuando se vaya a proceder al examen de una solicitud de protección internacional, y los Estados miembros tengan dudas acerca de la edad del menor, pueden emplear reconocimientos médicos para determinar la misma. Sin embargo, en el caso concreto de España, las pruebas para la determinación de la edad se han practicado en muchas ocasiones a jóvenes que portaban documentación válida que acreditaba su minoría de edad, contraviniendo lo establecido por el art. 35.1 de Ley Orgánica 4/2000. Esta cuestión ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2014, de 24 de septiembre de 2014, de 16 de enero de 2015 y de 16 de enero de 2015) que estableció que no pueden realizarse pruebas de determinación de la edad a los MENA que disponen de documentos válidamente emitidos por las autoridades del país de origen, sin una justificación razonable. Si el documento presentado fuera un certificado de nacimiento, para determinar su validez en nuestro país resulta de gran interés el trabajo de DIAGO DIAGO, M. P., «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», en DE CASTRO RUANO, J. L., OTAEGI AIZPURUA, I. y SOROETA LICERAS, J. (dirs.), *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 81-132. Relacionado con la determinación de la edad, resulta también interesante plantear qué sucede cuando un menor, cuya edad ha sido determinada en un Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro, en tanto que en este segundo Estado puede suscitarse la duda acerca de la validez o no de la determinación de la edad que se le ha efectuado en el otro país.

de una materia sobre la que resultará aplicable lo establecido en los instrumentos que conforman el SECA.

Mayores dudas se suscitan en torno al nombramiento del representante legal, del tutor, o a la determinación del acogimiento del menor. Estas medidas se adoptan en el contexto específico de la solicitud de protección internacional, y son medidas de protección de los MENA. Por consiguiente, es preciso determinar si en relación con la adopción de las mismas, resultan de aplicación las normas de DIPr sobre la materia, en especial, el RBIIbis y el CH'96.

El Informe Lagarde¹² y el Manual Práctico sobre el funcionamiento del CH'96¹³ ponen algo de luz sobre la cuestión, al indicar que el art. 4.j) del Convenio únicamente excluye de su ámbito de aplicación «la decisión respecto de si se otorgará o se denegará asilo o un permiso de residencia». A continuación, se señala expresamente que la protección y la representación de los niños solicitantes de asilo o de permisos de residencia sí que están comprendidas en el ámbito del Convenio.

Por su parte, aunque la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis no resulta tan explícita, también es lo suficientemente clarificadora. Así, establece un listado de las materias incluidas dentro del término de «responsabilidad parental», entre las que se encuentran la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; y el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento¹⁴. A continuación, recuerda que el Reglamento se aplica a las «materias civiles», siendo este un concepto amplio que abarca también aquellas cuestiones específicas de responsabilidad parental que sean una medida de «Derecho público» según la legislación nacional, como el acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento¹⁵.

De todo lo anterior, puede extraerse que el nombramiento del representante legal¹⁶, del tutor, o a la determinación del acogimiento del me-

¹² Véase párr. 36.

¹³ Véase capítulo 3, párr. 52.

¹⁴ Véase apdo. 3.1.1.2.

¹⁵ Véase apdo. 3.1.1.3. En este contexto, destaca asimismo los pronunciamientos del TJUE en este sentido, en los asuntos C-435/06, *Proceedings Brought by C* (2007), Rec. I-10141, Sentencia de 27 de noviembre de 2007, y C-523/07, *Proceedings Brought by A* (2009), Rec. I-2805, Sentencia de 2 de abril de 2009. En ambos, el Tribunal de Justicia concluye que el acogimiento en una familia en virtud del Derecho público se puede incluir en el ámbito de aplicación del Reglamento.

¹⁶ Respecto de la cuestión relacionada con el nombramiento del representante legal, el Informe Lagarde y el Manual Práctico sobre el funcionamiento del CH'96 indican expresamente que lo único que excluye el art. 4.j) del Convenio es la concesión o denegación del asilo o del derecho de residencia de los menores, y el resto de medidas de protección o representación sí que quedarían incluidas. Por su parte, la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis también hace referencia expresa a la inclusión de «la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia». De ahí podría también entenderse que una figura tendente a prestar asistencia al menor en estos procedimientos, queda incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento. Así lo han interpretado también otros autores como PATAUT, E., «Art. 13», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Múnich, Sellier, 2012, párr. 9. No obstante, otros autores, entre los que se encuentra REQUEJO ISIDRO, M., «La protección del menor

nor¹⁷ solicitante de protección internacional, quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación tanto del CH'96, como del RIIbis.

Por tanto, al mismo menor le es de aplicación la normativa de extranjería, para determinar si se le concede o no protección internacional; y la normativa de DIPr; en relación con las concretas medidas de protección a adoptar (nombramiento de representante legal, de tutor, acogimiento, etc.).

Partiendo de este contexto, son dos las principales distorsiones que pueden surgir en la práctica: las ocasionadas por la distinta noción de «menor», y las ocasionadas por emplear distintas normas de atribución de competencia.

3.1.1. *Distorsiones causadas por las distintas nociones de «menor» empleadas*

Se trata de aquellos supuestos en los que una persona es considerada menor para el SECA, pero no para el RIIbis, o viceversa. Como se ha analizado con anterioridad, tanto el SECA como el CH'96 incluyen dentro de su ámbito de aplicación a los menores de dieciocho años, incluidos los emancipados. Por el contrario, el RIIbis excluye a los menores emancipados, y para determinar cuándo se adquiere la mayoría de edad, hay que acudir las normas de DIPr de cada Estado miembro. Por consiguiente, a un menor de dieciocho años, pero que según su ley nacional ya ha adquirido la mayoría de edad, le resultará de aplicación el SECA, pero no el RIIbis¹⁸. Lo mismo ocurrirá con los menores emancipados. Ello ocasiona graves obstáculos para la adecuada protección de las personas que se encuentran en esta situación y que, a los efectos del SECA van a ser tratados como menores, pero no se van a poder beneficiar de las medidas de protección al amparo del RIIbis.

En sentido contrario, una persona que es mayor de dieciocho años, pero que conforme a su ley nacional todavía no ha adquirido la mayoría de edad, sí que va a estar protegido por el RIIbis, pero a los efectos de extranjería, en

no acompañado solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, octubre de 2017, núm. 2, pp. 494-495, manifiestan ciertas dudas «a la luz de la relación íntima que existe entre la representación y el contexto del asilo, y la diferencia con otras figuras que encarnan responsabilidad parental».

¹⁷ En este punto, es de destacar la reciente reforma sufrida en España en relación con la tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha modificado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, introduciendo los arts. 20 ter a 20 quinquies a fin de regular las condiciones y el procedimiento aplicable a las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores procedentes de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte del CH'96.

¹⁸ Al ser considerados mayores de edad, no se podrían adoptar sobre ellos medidas de protección a los menores de edad. En su caso, si necesitaran protección, habría que estar a lo establecido respecto a las medidas de protección de las personas mayores de edad. Este sistema en la actualidad está ha sido objeto de un proceso de reforma, que afecta a las normas de DIPr aplicables a la cuestión. Para más detalle sobre el particular, véase el profundo análisis realizado por DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas», *Diario La Ley*, núm. 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021.

aplicación del SECA, va a ser tratado como un adulto. De nuevo, ello supone una gran dificultad que afecta directamente a la protección de estas personas.

No obstante, como se profundizará más adelante, esta primera problemática se solventará con la entrada en vigor del RBIIter, cuyo ámbito de aplicación personal ya coincide con el establecido en el SECA y en el CH'96.

3.1.2. *Distorsiones causadas por el desajuste en las normas de atribución de competencia*

La segunda coyuntura que se puede originar es respecto a aquellos menores a los que son aplicables tanto las normas de extranjería como las normas de DIPr si, aplicando las estipulaciones que contienen en materia de atribución de competencia, resultan competentes las autoridades de distintos Estados para decidir acerca de las diferentes medidas de protección del menor.

En relación con la determinación del Estado miembro responsable para examinar la solicitud de protección internacional¹⁹ de un MENA, el art. 8 del Reglamento Dublín III determina que cuando los miembros de la familia, hermanos o parientes se encuentren en un Estado miembro, ese Estado miembro será el Estado responsable, si responde al interés superior del menor. A falta de un miembro de la familia, el Estado miembro responsable será aquel en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud de protección internacional, siempre que ello redunde en el interés superior del menor.

Por su parte, tanto el CH'96 como el RBIIbis (art. 8), la norma general que prevén de competencia judicial internacional viene determinada por la residencia habitual del menor. No obstante, en el caso concreto de los menores migrantes no acompañados es altamente probable que no pueda determinarse cuál es su residencia habitual, ya que según reiterada jurisprudencia del TJUE²⁰, no basta con la presencia física del menor en un Estado miembro, sino que es preciso que existan otros factores que revelen que dicha presen-

¹⁹ Realiza un detallado análisis de los criterios para la determinación del Estado responsable en el Reglamento Dublín III, FERNÁNDEZ ARRIBAS, G., *Asilo y refugio en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2007, pp. 98-102.

²⁰ El concepto de «residencia habitual» no viene definido ni en el CH'96 ni en el RBIIbis. No obstante, sí que es abundante la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión. Entre otros pronunciamientos del TJUE, cabe destacar la Sentencia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18; la Sentencia de 9 de octubre de 2014, C, C-376/14; la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10, o la Sentencia de 2 de abril de 2009, A, C-523/07. Asimismo, resulta de interés PÉREZ MARTÍN, L. A., «Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 18, 2018, pp. 469-494. Por otro lado, resulta conveniente matizar que esta jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del concepto de «residencia habitual» del menor únicamente vincula a los Estados miembros y no afecta a los Estados parte en el CH'96 para la interpretación de dicho texto convencional. En este sentido véase CAMPUZANO DÍAZ, B., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, marzo de 2020, núm. 1, pp. 97-117, esp. p. 111.

cia no tiene carácter temporal u ocasional. Así, en la mayoría de casos, los MENA todavía no han establecido vinculación suficiente en el Estado en que se encuentran, como para que se pueda entender que es allí donde tienen su residencia habitual²¹. Por este motivo, tanto el Convenio como el Reglamento prevén un foro específico, en virtud del cual, en estos supuestos, serán competentes para conocer sobre las medidas de protección de estos menores, los tribunales del Estado donde se encuentre el menor.

Por consiguiente, al emplear criterios de atribución de la competencia distintos a los del SECA, es posible que el Estado responsable para conocer de la solicitud de protección internacional, y el Estado cuyos tribunales son competentes para adoptar las concretas medidas de protección sobre el menor, sean diferentes. Basta con pensar en la situación de un menor que llega a la UE a través de las costas andaluzas, y solicita en España la protección internacional. Meses más tarde, con el procedimiento en marcha, decide desplazarse a Alemania, donde establece su residencia. En este supuesto, en principio, el Estado responsable para pronunciarse sobre si se concede o no el asilo a este menor va a ser España. Sin embargo, los tribunales alemanes serán los competentes para nombrar el representante legal del menor y, posteriormente, en su caso, un tutor o la determinación del acogimiento.

Estas situaciones requieren de una gran cooperación entre las autoridades de los dos Estados²² y, en cualquier caso, suponen una dificultad añadida que perjudica a la celeridad que ha de primar en estos supuestos²³.

Las dos distorsiones señaladas son una muestra de la colisión que se produce entre la normativa de extranjería y la normativa de DIPr, en su aplicación práctica. Pero más allá de estas dificultades, se observa también una gran complejidad en las relaciones entre los propios instrumentos existentes de DIPr sobre protección de menores. En concreto, se va a estudiar a continuación la relación entre el CH'96 y el RIIbis.

3.2. Relación entre el Convenio de La Haya de 1996 y el Reglamento Bruselas II bis

El ámbito de aplicación del CH'96 y del RIIbis se ve solapado, en tanto que los dos regulan la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la materia que nos ocupa. A ello hay que añadir que las previsiones recogidas en ambos instrumentos presentan algunas diferencias notables. A modo de ejemplo, el CH'96 no contiene ningún precepto que determine la prórroga de competencia como el art. 12

²¹ Véase párr. 44 del Informe Lagarde.

²² Entre los mecanismos previstos en el Reglamento que podrían resultar de utilidad a estos efectos, destaca el de la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, previsto en su art. 15, así como en el considerando 13.

²³ Plantea esta problemática y expone algunas propuestas de solución REQUEJO ISIDRO, M., «La protección...», *op. cit.*, nota 15, pp. 499-505.

del Reglamento, ni una cláusula residual como la contenida en el art. 14 del Reglamento. Igualmente, se encuentran divergencias en lo relacionado con la transferencia de jurisdicción (arts. 8 y 9 del CH'96) y la *perpetuatio fori* (el art. 8.1 del Reglamento la afirma, y el art. 5.2 del Convenio la deniega)²⁴. Además, el proceso de reconocimiento y ejecución previsto en ambos instrumentos también difiere considerablemente. Por este motivo, resulta imperioso realizar una correcta delimitación del ámbito de aplicación de cada instrumento.

El punto de partida se encuentra en el art. 61 del Reglamento, que parece resolver esta cuestión al disponer que en las relaciones con el CH'96, el Reglamento se aplicará «cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro». En consecuencia, cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es miembro de la UE, pero es parte del CH'96, la competencia debe determinarse con arreglo a las normas del Convenio y no del Reglamento. Tras esto introduce una matización, y es que en el apdo. *b*) del art. 61 se indica que el Reglamento también se aplicará:

«en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio».

No obstante, pese a que este precepto resulta bastante clarificador, son tres las cuestiones que mayor problemática presentan en la práctica, en la materia concreta de protección de los menores no acompañados: las relacionadas con las distintas nociones de menor empleadas en cada instrumento, el *forum presentiae*, y el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección.

3.2.1. Cuestiones problemáticas en la aplicación de ambos instrumentos

a) Distinto concepto de menor y los menores emancipados

Como se ha tenido ocasión de indicar con anterioridad, el RBIIbis y el CH'96 parten de distintos conceptos de menor.

El Reglamento omite toda definición de este término, por lo que para valorar si una persona es considerada o no menor de edad es necesario acudir a las normas de DIPr de cada Estado miembro. Ello ya ocasiona una primera problemática en tanto que, debido a los diferentes puntos de conexión empleados en lo referente al estatuto personal en cada uno de los ordenamientos jurídicos, la misma persona puede ser considerada menor de edad en un Estado y mayor de edad en otro país. En el caso del ordenamiento jurídico español, la mayoría de edad viene determinada por la ley nacional del interesado (art. 9.1 CC). Por consiguiente, ello hace que el Reglamento se pueda aplicar a una

²⁴ Véase GATZSCHE, K., «Protección de menores en situaciones difíciles: el Convenio de La Haya de protección de los niños y menores no acompañados», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, marzo de 2019, núm. 1, pp. 340-349.

persona mayor de dieciocho años que según su ley nacional todavía no ha alcanzado la mayoría de edad, y excluye de su aplicación a los menores de dicha edad, que según su ley nacional son mayores de edad. Asimismo, quedan excluidos de su ámbito de aplicación los menores emancipados.

Por su parte, dentro del ámbito de aplicación del CH'96 sí que estarían incluidos los menores emancipados, y aquellos menores de dieciocho años que, de conformidad con su ley personal, ya hubieran alcanzado la mayoría de edad. Al contrario, quedan excluidos los mayores de dieciocho años que, según su ley personal, todavía no fueran mayores de edad.

En el primer caso —aquellas personas que son consideradas menores a los efectos del CH'96, pero no para el Reglamento— las divergencias en la práctica son menos acusadas, ya que en defecto de la aplicación del RBIbis podría aplicarse el CH'96 no solo para determinar la ley aplicable, sino también respecto a las cuestiones de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución.

Mayores problemas presenta el segundo caso, relativo a aquellas personas que son consideradas menores a los efectos del Reglamento, en los supuestos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, pero no del Convenio. En este caso, para la determinación de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras, habría que acudir a las normas previstas en el Reglamento. Sin embargo, la determinación de la ley aplicable, al no poderse regir por el CH'96, queda en manos de los distintos Estados, que tendrán que aplicar sus propias normas de DIPr. En el caso de España, ello supone la aplicación del art. 9.6 CC, que incorpora por referencia el CH'96, por lo que finalmente termina aplicándose el texto convencional. Además, conviene recordar que estas personas que son consideradas menores para el Reglamento, no lo serán para el SECA, dificultando todavía más la conjunción práctica de todos estos instrumentos.

Otra situación sobre la que hacer hincapié, apuntada ya con anterioridad, es aquella en la que se encuentran los incapaces mayores de dieciocho años. Respecto de estas personas, deja de ser de aplicación el CH'96 y pasa a aplicarse el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, en la lógica normativa de la Conferencia de La Haya. No obstante, en tanto que España no ha ratificado dicho Convenio, sería de aplicación nuestra normativa interna²⁵.

b) *El forum presentiae y los menores refugiados e internacionalmente desplazados*

El *forum presentiae*, previsto en el art. 13 del RBIbis, adquiere una gran relevancia en el caso de los MENA. Así, se trata de menores que han abando-

²⁵ Sobre ello destaca el estudio de DIAGO DIAGO, M. P., «La nueva regulación..», *op. cit.*, nota 18. En este trabajo, la autora resalta los puntos débiles del sistema español en esta materia, y propone soluciones de mejora, más acordes con las recogidas en el Convenio de La Haya sobre protección de adultos.

nado el Estado en que tenían hasta entonces su residencia habitual, y se ha instalado en un nuevo Estado. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, es muy frecuente que todavía no hayan establecido una vinculación tal en el Estado en que se encuentran, como para que se pueda entender que es allí donde tienen su residencia habitual²⁶.

En virtud del art. 13 del Reglamento, en estos supuestos en los que no se puede establecer la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del art. 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor. Además, se especifica que este foro se debe aplicar a los menores refugiados y a los menores desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país²⁷.

Por su parte, el CH'96, en su art. 6, contiene una disposición muy similar. En él se establece la competencia a favor de los tribunales del Estado en que se encuentra el menor, para el caso de los menores refugiados e internacionalmente desplazados, y para aquellos niños cuya residencia habitual no puede determinarse²⁸.

No obstante, en este punto surge el interrogante de cuál de los dos instrumentos habría que aplicar en estos casos, ya que el elemento que determina la aplicación del Reglamento o del CH'96, como se ha indicado, es precisamente la residencia habitual del menor. De tal manera que, si se desconoce este dato, es preciso considerar otras circunstancias para delimitar el ámbito de aplicación de la norma de la UE y del instrumento convencional.

A este respecto, lo más apropiado parece ser aplicar el RBIIbis cuando el menor se encuentra presente en un Estado miembro de la UE²⁹; mientras que, en la misma lógica, el CH'96 sería aplicable si la presencia del menor se localiza en un Estado parte del Convenio.

Ahora bien, también es posible que, una vez iniciado el procedimiento en relación con las medidas de protección oportunas, el menor que inicialmente se encontraba en un Estado miembro de la UE, se traslade a otro Estado miembro. En este caso, el RBIIbis continuaría siendo de aplicación. No obstante, habría que determinar, dadas las circunstancias, qué autoridades serían competentes y el juego que podría desempeñar, en su caso, la

²⁶ Véase párr. 44 del Informe Lagarde.

²⁷ En este punto señalar que, aunque un menor extranjero no acompañado todavía no hubiera adquirido la condición de «refugiado», se le podría aplicar igualmente este precepto, en tanto que es un menor cuya residencia habitual no puede determinarse.

²⁸ En el párr. 45 del Informe Lagarde se indica que: «El foro de la presencia juega aquí el papel de un foro de necesidad».

²⁹ Esta conclusión se extrae a la luz de la Guía Práctica para la aplicación del RBIIbis, que en su apdo. 3.2.7 indica que «cuando resulta imposible determinar la residencia habitual del menor y no se aplica el art. 12, el art. 13 permite a un magistrado de un Estado miembro decidir en materia de responsabilidad parental por lo que se refiere a los menores que estén presentes en ese Estado miembro». Por consiguiente, el único requisito que ha de concurrir es que se trate de un menor presente en un Estado miembro, cuya residencia habitual no puede determinarse. En ese caso, los tribunales de ese Estado miembro son competentes para adoptar las medidas de protección oportunas sobre ese menor.

perpetuatio iurisdictionis del art. 8 del Reglamento. La situación se complica todavía más si el menor se traslada, no ya a un Estado miembro, sino a un Estado de fuera de la UE, parte en el CH'96. En este supuesto, dejaría de ser de aplicación el RBIIbis, y la situación pasaría a estar dentro del ámbito de aplicación del CH'96. De nuevo aquí habría que plantearse qué tribunales serían competentes, tomando en consideración, en especial, si los arts. 8 y 9 del CH'96, en relación con el art. 5.2, podrían activarse en este caso. Finalmente, también podría darse el supuesto inverso, consistente en que el menor se traslada de un Estado de fuera de la UE parte en el CH'96, a un Estado miembro de la UE.

En relación con estos desplazamientos del menor de un Estado a otro, adquiere relevancia asimismo la cuestión de la vigencia de las medidas de protección, ya dictadas en un Estado. Sobre el particular, el art. 14 CH'96 establece expresamente que las medidas continúan en vigor incluso aunque un cambio de las circunstancias haya hecho desaparecer la base sobre la que se fundaba la competencia de las autoridades que las dictaron.

c) *Reconocimiento y ejecución de medidas de protección*

Finalmente, otra de las problemáticas a destacar es la relacionada con el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección. Como se ha reflejado anteriormente, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución, el RBIIbis será de aplicación cuando la resolución provenga de los tribunales de un Estado miembro, y se pretenda reconocer o ejecutar en el territorio de otro Estado miembro. Y ello con independencia de la residencia habitual del menor, que puede estar localizada incluso en un Estado parte en el CH'96.

No obstante, es importante matizar que para que resulte de aplicación el sistema de reconocimiento y ejecución del RBIIbis, ha de tratarse de supuestos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Como se ha adelantado con anterioridad, por ejemplo, una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro, que otorgara medidas de protección a favor de un menor emancipado, y que se quiere reconocer o ejecutar en otro Estado miembro, no se podría beneficiar de este sistema.

3.2.2. *Novedades introducidas por el Reglamento Bruselas II ter*

El RBIIter introduce dos novedades esenciales, a tenor de los conflictos de aplicación con el CH'96, referidos en el apartado anterior de este estudio.

En primer lugar, este Reglamento unifica la noción del menor con la del CH'96 y define como menor a «toda persona que tenga menos de 18 años». De esta manera, tras la entrada en vigor del RBIIter, el concepto de menor previsto en la normativa de DIPr de la UE, en la normativa convencional, y

en la normativa de extranjería, va a ser coincidente. Ello va a permitir que se ponga fin a las distintas problemáticas analizadas, que se derivan precisamente de las distintas concepciones de menor, en los diferentes instrumentos normativos.

Por otro lado, en relación con el *forum presentiae*, el art. 11 del RBIIter introduce una significativa alteración respecto al actual art. 13 del RBIIBis. En concreto, el RBIIter, en su considerando 25, matiza que el *forum presentiae* solo debe aplicarse a los menores que tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro *antes del desplazamiento*. En consecuencia, cabe preguntarse qué ocurrirá si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, lo cual será muy habitual en la práctica. En este supuesto, de manera subsidiaria, deberá aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el CH'96, con base en el *forum presentiae*³⁰.

Así, una vez que entre en vigor el RBIIter, además de que el menor esté presente en un Estado miembro de la UE, se exigirá también que antes del desplazamiento tuviera su residencia habitual en un Estado de la Unión. De tal forma que, si un MENA se encuentra en un Estado miembro, pero su residencia habitual anterior estaba, por ejemplo, en Siria, los tribunales del Estado de la UE en que se encuentra el menor deberán de basar su competencia en el art. 6 del CH'96, y no en el art. 11 del Reglamento.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, en materia de protección de los MENA, existe en la actualidad un auténtico laberinto normativo, en el que concurren las normas de extranjería, con las normas de DIPr. Además, dentro de estas últimas, también confluyen las normas dictadas por el legislador de la UE, con la normativa convencional, y la de DIPr autónomo de los distintos Estados. A ello hay que añadir el verdadero problema, y es que esta confluencia no siempre es armoniosa, sino que, en la aplicación práctica de dichos instrumentos, pueden surgir diferentes conflictos, como los analizados en este estudio.

Estas problemáticas derivan, por un lado, de la diferente concepción de «menor» prevista en los distintos instrumentos analizados. Por otro lado, la diferencia entre las normas de competencia judicial internacional previstas en cada uno de ellos hace todavía más acusados los conflictos que pueden surgir en la práctica, tal y como se ha puesto de relieve.

³⁰ Esta aplicación preferente de las normas de competencia judicial internacional del CH'96 se justifica con una referencia al art. 52.2 del texto convencional. Sobre este art. 11 del RBIIter véanse CAMPUZANO DÍAZ, B., «El nuevo Reglamento...», *op. cit.*, nota 20, pp. 97-117, esp. p. 108; BERNARDO SAN JOSÉ, A., «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, octubre de 2020, núm. 2, pp. 1243-1289, esp. pp. 1274-1275.

Por todo ello, en el presente trabajo se ha tratado de delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de estos instrumentos jurídicos, con la finalidad de clarificar las circunstancias en las que el operador jurídico ha de aplicar uno u otro.

Como se ha tenido ocasión de analizar, el RBIIter viene a arrojar algo de luz sobre la cuestión, y va a facilitar la coordinación entre las distintas normativas aplicables a la protección de los MENA. No obstante, muchos de los problemas detectados, como se ha señalado, todavía van a persistir, siendo necesario proporcionar las mejores soluciones en aras a garantizar la correcta protección de estos menores tan vulnerables.

RESUMEN

EL LABERINTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES MIGRANTES ABANDONADOS: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La protección de los menores migrantes abandonados es una materia en la que confluyen la normativa sobre protección de la infancia, y la normativa de extranjería. A ello hay que sumar una dificultad añadida, como es la problemática derivada de las diferentes nociones del propio concepto de menor, que se proporcionan en dichos instrumentos. Ambas circunstancias pueden ocasionar confusión en la práctica y repercutir en una aplicación errada de la normativa en cuestión, mermando la protección de los MENA.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados (MENA), menores abandonados, protección internacional, interés superior del menor.

ABSTRACT

THE LEGAL MAZE OF THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED FOREIGN MINORS: A PERSPECTIVE FROM PRIVATE INTERNATIONAL LAW

The protection of abandoned migrant minors is a subject in which the regulations on child protection and the immigration regulations converge. To this must be added an added difficulty, such as the problems derived from the different notions of the concept of minor itself, which are provided in said instruments. Both circumstances can cause confusion in practice and lead to a wrong application of the regulations in question, undermining the protection of the MENA.

Keywords: unaccompanied foreign minors (MENA), abandoned minors, international protection, best interests of the minor.