

LA PROTECCIÓN DEL MENOR NO ACOMPAÑADO SOLICITANTE DE ASILO: ENTRE ESTADO COMPETENTE Y ESTADO RESPONSABLE

THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED MINORS ASYLUM-SEEKERS: BETWEEN COMPETENT STATE AND RESPONSIBLE STATE

MARTA REQUEJO ISIDRO
Senior Research Fellow
Max Planck Institute Luxembourg
Universidad de Santiago de Compostela
orcid ID: 0000-0003-0661-222X

Recibido: 19.06.2017 / Aceptado: 24.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3883>

Resumen: Los instrumentos de la segunda generación del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) incorporan el interés superior del menor como consideración primordial. En consonancia con ello prevén medidas de protección de los menores, en particular de los no acompañados, a adoptar primero por el Estado miembro que determina el Estado miembro responsable de decidir sobre la solicitud de asilo, y luego por este mismo. Por su parte, inspirado también en el interés superior del menor el Reglamento Bruselas II bis regula la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. Habida cuenta de la convergencia es legítimo preguntarse por las relaciones entre los textos. Si del examen resulta una falta de alineación de los instrumentos susceptible de afectar negativamente a los menores a los que presuntamente quieren proteger será preciso reflexionar sobre cómo resolver los conflictos.

Palabras clave: menores no acompañados, solicitud de protección internacional, competencia judicial internacional, Estado miembro responsable, Reglamento Bruselas II bis, Reglamento de Dublín III.

Abstract: The Common European Asylum System (CEAS) instruments of second generation incorporate the child's best interests as a primary consideration. Accordingly, they provide for measures to protect minors, in particular unaccompanied ones, to be adopted firstly by the Member State which determines the Member State responsible for examining an application for international protection, and then by the latter Member State. Inspired as well by the best interests of the child, the Brussels II bis regulation sets the rules on international jurisdiction in matters of parental responsibility. The convergence begs the question of the interface between the texts. If the examination results in a lack of alignment among the instruments that may adversely affect the individuals they are meant to protect it will be necessary to reflect on how to resolve the conflict.

Keywords: unaccompanied minors, application for international protection, jurisdiction, responsible Member State, Brussels II bis regulation, Dublin III regulation

Sumario: I. Introducción. II. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (I): el menor no acompañado en el SECA. 1. Protección del menor extranjero no acompañado, con carácter general. 2. La protección del menor no acompañado en el SECA. A) Marco normativo.

Principios subyacentes; incorporación del interés superior del niño. B) Protección de los menores no acompañados en la secuencia de una solicitud de protección internacional. a) Alcance personal: “menor” y “menor no acompañado”. b) Medidas de protección. i. El representante. ii. Medidas de atención a los menores. C) Solicitud de asilo o protección subsidiaria. Distribución de competencias. a) Estado responsable y Estado determinante. b) Competencia del Estado determinante/Estado responsable para la adopción de medidas de protección del menor. Relación con la presencia. D) Estado responsable e interés superior del menor. III. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (II): el menor solicitante de asilo en el Reglamento Bruselas II bis. 1. Introducción. 2. Delimitación material del Reglamento: protección de los menores no acompañados según el SECA. A) Delimitación de “materia civil”. B) Inclusión de las medidas de protección del SECA. 3. Ámbito de aplicación personal. A) “Menor”. B) “Refugiado”. 4. Los criterios de competencia judicial internacional. A) La (*a priori*) irrelevancia de la residencia habitual. Foro de la presencia. B) El foro de la residencia habitual. IV. Conflictos entre ambos regímenes. Propuestas de solución. 1. Conflictos. 2. Propuestas de solución. A) Consolidación. a) Consolidación desde el Reglamento Bruselas II bis. b) Consolidación desde el SECA. B) Cooperación. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. En 2015, la Unión Europea registró cerca de 88.300 solicitudes de asilo de menores no acompañados llegados irregularmente a los Estados miembros. Este registro implica que la llegada de menores de 18 años sin la compañía de un adulto responsable de ellos se cuadruplicó en comparación con el año anterior, 2014, en el que hubo 23.000 solicitudes de protección internacional. Las cifras de años anteriores también fueron mucho más bajas, oscilando entre 11.000 y 13.000 solicitudes anuales para el conjunto de la UE en 2008-2013. De los que llegaron en 2015 a la UE más de la mitad, 50.500 personas, tenían entre 16 y 17 años de edad. El 13% tenían menos de 14 años, y el 29% entre 14 y 15 años¹.

2. El estatuto jurídico de los menores migrantes resulta de diversas fuentes –nacionales, internacionales y europeas– que crean un régimen complejo para los menores migrantes acompañados y no acompañados. La mayoría de las reglas y mecanismos abordan la relación de los migrantes y el Estado y pertenecen a lo que puede ser etiquetado como “Derecho público”: derecho de asilo, disposiciones sobre extranjería, leyes migratorias, educativas o sanitarias. Sin embargo, este ámbito muestra –como tantos otros– la artificialidad del denominado “private-public divide”, y el potencial de los mecanismos y esquemas de Derecho privado para contribuir eficientemente a la regulación y solución de los problemas.

3. La afirmación anterior es válida también para el Derecho internacional privado (DIPr). Hay muchas circunstancias que exigen que el DIPr intervenga en un contexto de migración: de hecho hay reglas de DIPr en los textos de convenios internacionales específicos en la materia, como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (véanse los artículos 12 a 16). Disposiciones destinadas a proteger a los migrantes vulnerables, ya sean menores de edad o adultos, aparecen en instrumentos de DIPr, como el 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 (CLH 1996: véase el art. 6), el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos (véase el art. 6), o el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Reglamento Bruselas II bis: véase el art. 13).

¹ Fuente: <http://www.elmundo.es/internacional/2016/05/02/57277549468aeb3a6e8b4585.html>, basada en datos de Eurostat. *Vid.* también *The protection of children in migration. General background paper*, 10th European Forum on the rights of the child (29-30 November 2016), en http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=34456. Todas las páginas web citadas han sido visitadas por última vez el 18 de junio de 2017.

4. Hasta hace poco la relación entre DIPr y migración, y más en particular, el Derecho Internacional de los refugiados, no ha sido objeto de especial atención en la doctrina². La situación está cambiando rápidamente³, a pesar de lo cual la investigación acerca de la interacción entre ambos, ya sea en general o sobre aspectos concretos, es todavía limitada. Es en este contexto en el que se sitúa el presente artículo, cuyo punto de partida es la siguiente constatación: la preocupación específica por la protección del menor se ha incorporado a los instrumentos de la UE que regulan la solicitud de protección internacional, experimentando una evolución importante desde los primeros a los vigentes; es centro de atención en las propuestas de modificación de los mismos, que datan de 2016⁴; desde la UE se encargan estudios *ad hoc*⁵. Al mismo tiempo la protección del menor –de cualquier menor, migrante o no– inspira las soluciones de textos de DIPr europeo, en particular del Reglamento Bruselas II bis, hoy a las puertas de ser modificado⁶. Habida cuenta de esta (al menos aparente) convergencia, es legítimo preguntarse por las relaciones entre los distintos textos europeos; lo confirman las referencias que se hacen de unos a otros, aunque sean aún escasas e imprecisas⁷. Si del examen resulta una falta de alineación de los instrumentos susceptible de afectar negativamente a los menores a los que presuntamente quieren proteger habrá que preguntarse cómo resolver los conflictos. Dada la magnitud potencial del análisis hemos decidido centrarnos sólo en determinados menores –los no acompañados⁸–, y en las reglas relativas a la determinación del Estado miembro responsable (en la jerga del Sistema Europeo Común de Asilo, SECA) para decidir sobre una solicitud de asilo, y su relación con las de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis.

² Vid. V. CHETAIL, “Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d’une brève rencontre”, *JDI*, 2014, pp. 447-475, esp. p. 451 – pero *vid.* no obstante C. LASS, *Der Flüchtling im deutschen Internationalen Privatrecht*, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1995, donde DIPr es igual a conflicto de leyes. La perspectiva clásica aparece también en P. MANKOWSKI, “Dual and Multiple Nationals, Stateless Persons and refugees”, en S. LEIBLE (ed.), *General principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 189-210. En relación con menores *vid.* *Children on the move: how to implement their right to family life*, J. DOEK, H. VAN LOON P. VLAARDINGERBROEK (eds.), Martinus Nijhoff, La Haya, 1996.

³ Vid. V. VAN DEN EECKHOUT, “Private international law questions that arise in the relation between migration law (in the broad sense of the word) and family law: subjection of PIL to policies of migration law”, Background paper- PILAGG-Presentation, 24 de enero de 2013, <http://ssrn.com/abstract=2203729>; las conclusiones del GEDIP en sus reuniones de Luxemburgo (2015) y Milán (2016), en http://www.gedip-egpil.eu/gedip_reunions.html; fue objeto de una comunicación por J. VERHELLEN en una conferencia en Edimburgo, el 24 de febrero de 2017, y comienza a ser objeto de estudio en la Universidad (por ejemplo, el seminario de J. VON HEIN en Friburgo bajo el título “Flüchtlingskrise, Migration und Internationales Privatrecht: Herausforderungen und Perspektiven”). *Vid.* también A. FIORINI, “The Protection of the Best Interests of Migrant Children - Private International Law Perspectives”, en G. Biagioni & F. Ippolito (eds), *Migrant Children in the XXI Century. Selected Issues of Public and Private International Law*, Series “La ricerca del diritto”, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 379-418 (y <https://ssrn.com/abstract=2862361>).

⁴ Vid. el documento “Child-specific provisions in the Common European Asylum Package. Proposals of 4 May 2016 and 13 July 2016”, en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights_child/ceas_provision_on_children_table_updated.pdf.

⁵ El día 15 de junio se hacía público el encargo por el Parlamento Europeo (Comité JURI): “Children on the Move: A Private International Law Perspective”, PE 583.158, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU\(2017\)583158_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583158/IPOL_STU(2017)583158_EN.pdf).

⁶ Vid. la propuesta de la Comisión, de junio de 2016, COM(2016) 411 final; y el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), de mayo de 2017.

⁷ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Protección de los menores migrantes”, COM(2017) 211 final, p. 11; también las Conclusiones del AG P. Cruz en el as. C- 648/11, ECLI:EU:C:2013:93, al hilo de la interpretación del Reglamento (CE) núm. 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, Reglamento de Dublín II.

⁸ En el pasado la Comisión ha prestado una atención especial a los menores no acompañados: *vid.* el Plan de acción sobre menores no acompañados para el periodo 2010-2014, COM(2010)213 final. Actualmente la Comisión prefiere un “comprehensive approach to the protection of children in migration”: *vid.* Comunicación de la Comisión de 10 de febrero de 2016 sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración, COM(2016) 85 final, así como la carta dirigida por F. Timmermans y V. Jourová a Lord Boswell of Aynho, el 6 de diciembre de 2016, C (2016) 7829 Final (<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2016/EN/C-2016-7829-F1-EN-MAIN.PDF>). No obstante, en los instrumentos del SECA reciben aún un tratamiento propio.

II. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (I): el menor no acompañado en el SECA

1. Protección del menor extranjero no acompañado, con carácter general

5. La detección de un menor no acompañado sobre el territorio español desencadena un conjunto de actuaciones tendentes a su protección, idénticas con independencia de su caracterización como migrante y como solicitante o no de asilo o protección subsidiaria. Tal solicitud, por su parte, da lugar a actuaciones particulares. No hay una normativa común (europea) para lo primero; sí, en cambio, como veremos en el apartado siguiente a este, para lo segundo.

6. La protección del menor no acompañado en España está enmarcada por los instrumentos internacionales en que España es parte, en particular el Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 5 de enero de 1991, y por la Constitución Española, en su art. 39.4. A nivel de ley se encuentra regulada por el Código civil; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en particular en su art. 35, y su Reglamento (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000), en los arts. 189 y siguientes. Finalmente, aunque carece de valor jurídico vinculante debe añadirse el Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados, adoptado en julio de 2014 conforme al art. 190.4 del Reglamento de extranjería⁹.

7. La naturaleza de la protección del menor extranjero no acompañado, que recibe en tanto que menor y extranjero, y que no es incompatible con la que pueda merecer en forma de protección internacional¹⁰, es mixta. Son las Entidades públicas, de carácter administrativo, las que adoptan las medidas, si bien en aplicación (en parte) del Derecho civil, y con sujeción cuando proceda al control judicial de los órganos de la jurisdicción ordinaria. La secuencia de la protección del menor no acompañado sería la siguiente: una vez detectado queda bajo la guarda provisional de la Entidad durante el período en que se trata de identificarle, conocer sus circunstancias, determinar si procede la repatriación, y de establecer si se encuentra en situación de desamparo. Si no es repatriado y se declara la situación de desamparo la Entidad asume *ex lege* la tutela adoptando las medidas para su guarda: acogimiento familiar o residencial; de urgencia, temporal, permanente; profesionalizado o no. Conforme al art. 35.7 Ley de extranjería el menor tutelado por una Administración pública o en virtud de resolución judicial posee en España residencia regular, en tanto sea menor; la autorización se otorgará a instancia del organismo que ejerza la tutela.

2. La protección del menor no acompañado en el SECA

A) Marco normativo. Principios subyacentes; incorporación del interés superior del niño

8. El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) reúne un paquete de normas de distinta naturaleza –reglamento y directivas– tendentes a aproximar los ordenamientos de los Estados miembros. Sus orígenes se sitúan en 1990, en la normativa sobre asilo incluida en el Convenio de aplicación del acuerdo Schengen¹¹, y el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas-Convenio de

⁹ Hecho público por Resolución de 13 de octubre de 2014 del Ministerio de la Presidencia, BOE núm. 251, de 16 de octubre de 2014.

¹⁰ *Vid.* sobre confusión al respecto 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 la adolescencia*, Aranzadi, 2016, pp. 765-798, esp. p. 796.

¹¹ De 19 de junio de 1990, DOCE L 293, de 22 de septiembre de 2000, arts. 28-38.

Dublín, en vigor desde 1997¹². La evolución posterior se produjo en dos etapas: la primera se apoyaba en la competencia limitada prevista en el art. 63 (2) (a) TCE; la segunda posee una base más sólida en el Tratado de Lisboa, en vigor desde diciembre de 2009. El resultado final (a día de hoy) son estos cinco instrumentos: la Directiva “requisitos”, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)¹³; la Directiva “procedimientos”, Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición)¹⁴; la Directiva “acogida”, Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición)¹⁵; el Reglamento de Dublín III, Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición)¹⁶; y el Reglamento (UE) núm. 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares¹⁷. En el momento en que se escriben estas líneas el sistema está pendiente de reforma¹⁸.

9. A los efectos de este estudio nos interesa ante todo el Reglamento núm. 604/2013, Reglamento de Dublín III, pieza fundamental del SECA; y en menor medida, porque carecen de normas de distribución de competencia (responsabilidad) entre los EM, las directivas. Importa indicar que los instrumentos están sujetos a la posibilidad de *opt-out* del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda¹⁹, y que el ejercicio de la misma ha sido desigual generando un panorama complejo que no vamos a desarrollar, pero que sin duda deberá ser tenido en cuenta a la hora de analizar la relación entre estas reglas y las contenidas en el Reglamento Bruselas II bis, que sí vincula al Reino Unido e Irlanda, aunque no a Dinamarca.

10. La filosofía del SECA se resume en los siguientes objetivos: facilitar el acceso al procedimiento de asilo a las personas necesitadas de protección; permitir la adopción de decisiones más justas, rápidas y acertadas; asegurar a quienes temen persecución que no se les devolverá a la situación de peligro; y, finalmente, ofrecer condiciones dignas y aceptables tanto a los solicitantes de asilo como a los beneficiarios de protección internacional dentro de la Unión²⁰. De los distintos modelos que habría sido posible adoptar al amparo de tal filosofía, los sucesivos instrumentos que en desarrollo del art. 78.2 (e) TFUE establecen los criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria –Estado al que corresponderá la adopción del grueso de las medidas de protección de los menores no acompañados que son centro de atención

¹² DOCE C 254, de 19 de agosto de 1997.

¹³ DOUE L 337, de 20 de diciembre de 2011.

¹⁴ DOUE L 180/60, de 29 de junio de 2013.

¹⁵ DOUE L 180/96, de 29 de junio de 2013.

¹⁶ DOUE L 180/31, de 29 de junio de 2013.

¹⁷ DOUE L 180/1, de 29 de junio de 2013.

¹⁸ El 4 de mayo de 2016 la Comisión presentó un primer conjunto de propuestas de reforma del SECA que afectarán al Reglamento de Dublín III, entre otros: COM(2016) 270 final. El segundo paquete se presentó en julio de 2016, relativo a las Directivas: COM(2016) 465 final. El Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), data de 24 de febrero de 2017.

¹⁹ *Vid.* para orientación el cuadro reproducido por K. HAILBRONNER, D. THYM, “Legal Framework for EU Asylum Policy”, en K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2ª ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2016, pp. 1023-1053, *esp.* para. 7. Otros países (los países “asociados”) están vinculados por alguno de los instrumentos: es el caso de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, en relación con el Reglamento de Dublín III.

²⁰ “Un Sistema Europeo Común de Asilo”, Oficina de Publicaciones de la Comisión Europea, Luxemburgo, 2014, p. 1.

aquí²¹– tienen como objetivo general y prioritario el de hacer tal determinación de forma rápida²², evitando las solicitudes múltiples y el “fórum shopping” de los solicitantes. En este marco la voluntad de estos últimos se tiene en cuenta de forma limitada: su consentimiento se requiere solo en relación con determinados criterios basados en vínculos familiares²³. En general tampoco es relevante, de cara a identificar el Estado miembro responsable, la vinculación más estrecha que el solicitante pueda presentar con un Estado de la UE; y no se procura tampoco una correspondencia entre los solicitantes y los Estados de acogida, de forma a facilitar la integración de aquellos en estos²⁴.

11. El tratamiento de los menores no acompañados representa una excepción a lo anterior. Todos los instrumentos del SECA en vigor incorporan el principio del interés superior del menor. En lo que respecta en particular al sistema de Dublín se aprecia una evolución importante desde el Reglamento de Dublín II al actual Dublín III. Conforme a los arts. 6.1 y 15.3 del primero el interés del menor se identifica en primer término con la reagrupación familiar; pero a tenor de su Cdo. núm. 6 la unidad de las familias solo debe preservarse “en la medida en que sea compatible con los restantes objetivos del establecimiento de criterios y mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo”. Ahora se lee en el Cdo. núm. 13 del Reglamento de Dublín III que “De conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el interés superior del niño debe constituir una consideración primordial de los Estados miembros en la aplicación del presente Reglamento”. Las Directivas incluyen indicaciones similares²⁵. En el articulado ello cuaja en garantías y medidas de protección para los menores no acompañados y se refleja también en los criterios de determinación del Estado responsable. A continuación presentaremos estos aspectos, previo el análisis de las nociones de “menor” y “menor no acompañado” en el contexto del SECA.

B) Protección de los menores no acompañados en la secuencia de una solicitud de protección internacional

a) Alcance personal: “menor” y “menor no acompañado”

12. Conforme al art. 2 (i) del Reglamento de Dublín III es menor el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años. De acuerdo con la letra (j), es menor no acompañado el que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a los usos del Estado miembro de que se trate, y mientras no esté efectivamente al cuidado de tal adulto; el concepto incluye a los menores que quedan sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros²⁶. La definición es la misma que se emplea en las Directivas “requisitos” –art. 2 (l)–, “procedimiento” –art. 2 (m)–, y sobre las condiciones de acogida –art. 2 (e)–. Se separa en cambio de las “Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo” de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de febrero de 1997, por cuanto en los instrumentos SECA de la UE el menor sigue siéndolo aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad antes de los 18 años conforme a su ley nacional. Tampoco coincide con la definición de menor en el Reglamento Bruselas II bis actual²⁷.

²¹ Junto con el Estado miembro que determina cuál es el Estado responsable, al que llamaremos “Estado determinante”: *vid. infra.* en el apartado C) b).

²² *Vid.* Cdo. núm. 5 Reglamento de Dublín III.

²³ Art. 9, 10 y 16 (1) Reglamento de Dublín III.

²⁴ F. MAIANI, “The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?”, en V. CHETAIL, PH. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System*, Brill/Nijhoff, Leiden, 2016, pp. 103-142, *esp.* pp. 103-105.

²⁵ *Vid.* Cdo. núm. 33 de la Directiva 2013/32/UE; Cdo. núm. 9 de la Directiva 2013/33/UE, que a diferencia de los anteriores alude también al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁶ La definición retoma la enunciada ya en 1997 por el Consejo de la Unión Europea en la *Resolución sobre menores no acompañados nacionales de terceros países* (97/C 221/03), de 26 de junio de 1997.

²⁷ *Vid. infra* bajo III.3.A).

13. Se entiende que el “adulto responsable” cuya ausencia confiere la condición de “no acompañado” es aquel que ostenta la representación legal del menor²⁸, y ello, a tenor del texto, conforme a la ley del Estado miembro donde este último se halle presente, y no de su ley personal. Por otro lado, se desprende de la referencia en el art. 8 (“Menores”) al menor casado cuyo cónyuge no esté presente legalmente en el territorio de los Estados miembros, que el estado de casado y eventualmente, en virtud de ello, de emancipado, no altera la cualidad de “menor” a los efectos del SECA.

b) Medidas de protección

14. Los instrumentos del SECA prevén garantías específicas para la protección de los menores no acompañados en distintos momentos de la secuencia de una solicitud de protección internacional. De entrada, cuando se formula la petición, así como durante los procedimientos: se trata de una protección interina, temporal (Directiva “acogida” y “procedimientos”; Reglamento de Dublín III). Con posterioridad (Directiva “requisitos”) se pretende que las soluciones sean duraderas y estables. Ello no obstante, la estabilidad es un valor deseable en todo caso tratándose de menores²⁹.

i. El representante

15. El nombramiento de un representante del menor no acompañado es un imperativo común a la Directiva “procedimientos”, la Directiva “acogida” y el Reglamento de Dublín III. Los tres incluyen una definición de la figura³⁰: la persona o la organización designada por las autoridades competentes para que asista y represente al menor no acompañado en los procedimientos previstos en el instrumento correspondiente, con vistas a garantizar el interés superior del menor y ejercer la capacidad jurídica en su nombre cuando sea necesario. En el articulado de las Directivas esa función tiene por objeto permitir al menor disfrutar de los derechos y cumplir con las obligaciones previstas en ellas³¹; en el Reglamento de Dublín III la representación y asistencia se refiere a “todos los procedimientos previstos”. La Directiva sobre procedimientos prevé que el representante sea el mismo al que se refiere la Directiva “acogida”; nada se dice al respecto en el Reglamento de Dublín³².

16. Tal como se indica en el documento elaborado por la FRA y la Comisión Europea en 2014 a propósito de la tutela de niños privados de atención parental, el nombramiento del representante en el SECA tiene como solo objetivo el de la representación en procedimientos específicos; no puede ser considerado equivalente a un tutor, pues su mandato no cubre todos los aspectos de la vida y el desarrollo del menor³³. En contraste con esta idea, la Directiva “requisitos” exige en su art. 31 que tan pronto como sea posible después de la concesión de la protección internacional los Estados miembros adopten las medidas necesarias para asegurar la representación de los menores mediante un tutor legal³⁴. Es interesante

²⁸ A. DE PALMA DEL TESO, “La condición de menor no acompañado en nuestro Derecho de extranjería: definición común en la Unión Europea. La kafala del Derecho islámico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2011, pp. 101-138, esp. pp. 111-114.

²⁹ *Vid.* el art. 24.1 Directiva “acogida”: Para garantizar el bienestar y el desarrollo social del menor, mencionados en el artículo 23, apartado 2, letra b), solo se cambiará a la persona que actúe de representante (primera y esencial medida de protección) cuando sea necesario. En parecido sentido, art. 25.1 Directiva “requisitos”.

³⁰ Respectivamente: art. 2 (n), art. 2 (j), art. 2 (k).

³¹ Art. 25 de la Directiva “procedimientos”; art. 24 de la Directiva “acogida”.

³² La coincidencia en una misma persona estaba contemplada en el régimen previo. El Reglamento de Dublín II no contemplaba la representación de los menores no acompañados a la hora de solicitar la protección, pero sí lo hacía la Directiva 2005/85/CE, “procedimientos”, en el art. 17.1 a): “los EM adoptarán tan pronto como sea posible medidas para asegurar que un representante actúe en nombre del menor no acompañado o le asista con respecto al examen de la solicitud”. Continuaba señalando que “Dicho representante también podrá ser el representante mencionado en el artículo 19 de la Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros”.

³³ *Guardianship for Children Deprived of Parental Care*, Publicaciones de la Oficina de la Unión Europea, Luxemburgo, 2014, p. 38.

³⁴ Se añade “o, en caso necesario, mediante una organización encargada del cuidado y bienestar del menor o cualquier otro tipo de representación adecuada, incluida la que fijen las disposiciones legales o una resolución judicial”.

observar que la Directiva que precede la actual sobre procedimientos, la Directiva 2005/85/CE³⁵, definía al representante como “la persona que actúa por cuenta de una organización que representa al menor no acompañado como tutor legal, o que actúa por cuenta de una organización nacional que es responsable del cuidado y bienestar de los menores, o cualquier otro tipo de representación designada para velar por sus intereses”. La Directiva previa a la actual 2013/33/UE, “acogida”, también partía de la preferencia por la tutela legal en su art. 19; y la misma idea se mantiene en los trabajos previos que desembocaron en el texto refundido³⁶. Los textos finales, como hemos visto, no recogen ya esa referencia, sino la del representante, más limitada y específica en sus funciones³⁷. Más adelante veremos qué consecuencias podrían derivar de ello.

ii. Medidas de atención para los menores

17. La Directiva “acogida” (art. 24) y la Directiva “requisitos” (art. 31), establecen la obligación de los Estados miembros de velar por que los menores no acompañados sean acomodados, ya sea: a) con parientes adultos, o b) en una familia de acogida, o c) en centros especializados en el alojamiento de menores, o d) en otros alojamientos adecuados para menores, manteniendo en lo posible juntos a los hermanos, teniendo en cuenta el interés superior del menor de que se trate y, en particular, su edad y grado de madurez.

18. Aunque no se indica, no es descabellado afirmar que existe una ordenación en cascada de las posibilidades de colocación; ello sería coherente con el art. 20 (3) Convenio sobre Derechos del Niño de 1989. En cualquier caso, no parece que exista ninguna especialidad (en términos jurídicos) de estas medidas por el hecho de aplicarse a menores no acompañados solicitantes de asilo, en comparación con cualquier otro menor.

C) Solicitud de asilo o protección subsidiaria. Distribución de competencias

a) Estado responsable y Estado determinante

19. En el SECA se designa como “Estado responsable” al que se pronunciará sobre la solicitud de protección internacional en cuanto al fondo. Cuál es el Estado miembro responsable se determina en el Reglamento de Dublín III conforme a criterios objetivos, esto es, ajenos a la voluntad del solicitante, con una cláusula de cierre a favor del Estado donde se haya presentado la solicitud³⁸. Para los menores no acompañados se prevén criterios específicos en el art. 8, cada uno subsidiario del precedente, y todos ellos supeditados al interés superior del menor. En tanto que ley especial las reglas del art. 8 prevalecen sobre las generales; no obstante, está admitido que algunas de estas entren todavía en juego en virtud de su carácter excepcional en todo caso: así, las previsiones del art. 3 (2) apdos 2 y 3³⁹, y las cláusulas dis-

³⁵ DOUE L 326, de 13 de diciembre de 2012.

³⁶ *Vid.* la Directiva 2003/9/CE, DOUE L 31, de 6 de febrero de 2003, art. 19; y la Propuesta modificada para la refundición de la Directiva acogida – COM (2011) 320 final, art. 2 (j), “la persona o la organización designada por las autoridades competentes como tutor legal para que asista y represente al menor no acompañado en los procedimientos previstos en la presente Directiva con vistas a garantizar el interés superior del menor y ejercer la capacidad jurídica en nombre de éste cuando fuere necesario”

³⁷ La situación puede cambiar si prospera el texto del Informe del Parlamento Europeo a la propuesta de Comisión para la refundición del Reglamento de Dublín III (*supra*, nota al pie 18): la segunda mantiene la figura del representante, mientras que el primero reintroduce la del tutor, *vid.* Cdo. núm. 20, art. 8, entre otros.

³⁸ A diferencia de lo que se propone para el futuro (*vid.* nota al pie núm. 42), el sistema en vigor no establece la obligación de presentar la solicitud en un Estado miembro determinado. En todo caso, sólo excepcionalmente cabe que la solicitud se presente en un Estado desde el territorio de otro (*vid.* art. 20.4 Reglamento de Dublín III).

³⁹ Imposibilidad de realizar el traslado al Estado miembro responsable determinado conforme a los criterios del reglamento “debido a que hay razones fundadas para temer que existen deficiencias sistemáticas en el procedimiento de asilo y en las condiciones de acogida de los solicitantes en ese Estado miembro que implican un peligro de trato inhumano o degradante”. Texto adoptado como consecuencia de la decisión del TJUE en los asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

crecionales del art. 17⁴⁰. Por otra parte, es legítimo preguntarse cómo se determina el Estado responsable cuando resulten inaplicables todos los criterios previstos en el art. 8.

20. Antes de abordar las normas que conducen al Estado responsable conforme al art. 8 es preciso referirse, si quiera brevemente, a las que indican cuál es el Estado donde, en aplicación de las mismas, se identificará a aquel, y donde, por lo que a los menores no acompañados se refiere, deberán adoptarse las primeras medidas de protección, comenzando por el nombramiento del representante aludido más atrás⁴¹. En este sentido la regla es que el Estado miembro donde se solicita el asilo es el que determina cuál (si él mismo, u otro) es responsable para esa solicitud; en otras palabras, es la instancia de asilo lo que determina la competencia de un Estado miembro para decidir aquel que resolverá sobre el fondo de la petición de asilo⁴². Sólo excepcionalmente cabe que la solicitud se presente en un Estado desde el territorio de otro⁴³.

21. En el caso de menores no acompañados es Estado miembro responsable conforme al art. 8 aquel en el que se encuentre legalmente un miembro de su familia o un hermano, siempre que ello redunde en el interés superior del menor; en su defecto, el Estado en el que el menor tenga un pariente que esté legalmente presente allí, si se comprobare, sobre la base de un examen del caso concreto, que dicho pariente puede ocuparse del menor, y siempre que ello redunde en su interés superior. Cuando existan miembros de la familia y parientes presentes en más de un Estado miembro, el Estado miembro responsable se determinará en función del interés superior del menor no acompañado. Es pertinente indicar que el Reglamento define en su art. 2 (g) y (h) las nociones de miembros de la familia y parientes, supeditando el reconocimiento de la familia a que la misma ya existiera en el país de origen.

22. Finalmente, a falta de un miembro de la familia o de un pariente el Estado miembro responsable será aquel en el que el menor no acompañado haya presentado su solicitud de protección internacional, siempre que esto redunde en su interés superior. Esta última regla debe aplicarse también si aun existiendo miembros de la familia o parientes la reunión con ellos no opera en beneficio del interés superior del menor. No hay en el Reglamento indicaciones sobre el criterio a seguir en el caso de que ninguno de los expuestos obre a favor de ese interés.

b) Competencia del Estado determinante/Estado responsable para la adopción de medidas de protección del menor. Relación con la presencia

23. Si bien no se explicita en ningún sitio que corresponda a los Estados determinante –primero– y al responsable –luego– la competencia para adoptar las medidas de protección del menor en casos que por definición son internacionales, lo contrario sería ilógico, y sobre todo poco práctico. En términos de proximidad está justificado por la presencia del solicitante en el territorio: y es que la filosofía del sistema es, como veremos en un momento, hacer de esa presencia una carga u obligación. Debe notarse que la afirmación no significa que no puedan existir otros foros competentes para tomar medidas de protección de un menor no acompañado por razón de proximidad, como la residencia habitual; ni prejuzga cuál deba ser la relación entre ellos⁴⁴.

⁴⁰ La utilización del art. 17 a estos efectos se ha producido en decisiones recientes: R (on the application of RSM and Another) v Secretary of State for the Home Department [2017] UKUT 124 (IAC), de 12 de abril de 2017. Anteriormente, en aplicación del art. 15 Reglamento de Dublín II, *vid.* la sentencia austriaca del Tribunal de Asilo (AsylGH), de 27 de julio de 2010, S8 413923-1/2010. Ambas son accesibles desde la web <http://www.asylumlawdatabase.eu>.

⁴¹ *Supra*, bajo 2. B) b) i. Por cuestiones de espacio, y también porque el rol del Estado solicitante en la protección del menor es interina, nuestro análisis sobre la relación con el Reglamento Bruselas II bis se centra esencialmente en el Estado responsable.

⁴² De conformidad con el Cdo. núm. 13 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), COM(2016) 465 final, los solicitantes no tienen derecho a elegir el Estado miembro de solicitud: deben presentarla en uno determinado.

⁴³ *Supra* nota al pie núm. 38.

⁴⁴ Sobre esto versa precisamente este estudio: *vid. infra* bajo III.

24. Con la salvedades que apuntaremos en el Reglamento de Dublín III la presencia no es en sí criterio atributivo de responsabilidad, pero el sistema está orientado a que el solicitante se halle físicamente en los Estados determinante y responsable a lo largo de los distintos procesos que se llevarán a cabo en uno y otro: de ahí los traslados. Aunque no se expresa en estos términos- sí se hace en cambio en las propuestas de revisión en curso⁴⁵- estar presente es en gran medida una obligación; la ausencia puede entender como retirada implícita de la solicitud, a tenor del art. 28 Directiva 2013/32/UE. Esto, por supuesto, no elimina los desplazamientos en la práctica. En todo caso, lo que cabe decir ya es que la lógica es la inversa a la del Reglamento Bruselas II bis, en el que las circunstancias personales del individuo (su residencia habitual, su presencia en un Estado miembro) desencadenan la competencia judicial internacional, y no a la inversa (la responsabilidad de un Estado miembro para resolver sobre la solicitud de protección internacional trae como consecuencia la presencia del individuo en ese Estado).

25. Existen con todo tres supuestos de excepción en que la presencia determina cuál será el Estado responsable: uno contempla los menores no acompañados, en determinadas circunstancias⁴⁶. En realidad no se halla recogido en el Reglamento de Dublín III, sino que resulta de la decisión del TJ en el as. C-648/11⁴⁷, pendiente cuando se adoptó el Reglamento. La trascendencia de la decisión se aprecia en el hecho de que dio lugar a incluir una Declaración en el propio Reglamento, en virtud de la cual “El Consejo y el Parlamento Europeo invitan a la Comisión a que, sin perjuicio de su derecho de iniciativa, estudie la conveniencia de revisar el artículo 8, apartado 4, de la refundición del Reglamento de Dublín III, una vez que el Tribunal de Justicia dicte sentencia sobre el asunto C-648/11, MA, BT, DA/Secretary of State for the Home Department, y a más tardar, en los plazos fijados en el artículo 46 del Reglamento de Dublín”⁴⁸. Conforme a la sentencia del TJUE cuando un menor no acompañado, que no tiene ningún familiar o pariente que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado miembro, ha presentado solicitudes de asilo en más de un Estado miembro, es “Estado miembro responsable” en el sentido del Reglamento de Dublín III el Estado miembro en el que se encuentre el menor después de haber presentado en él una solicitud de asilo. La regla supone una excepción a la llamada *freezing rule* del art. 7 del mismo texto, conforme a la cual la situación a tener en cuenta para la determinación del Estado miembro responsable es la existente en el momento en que el solicitante presentó su solicitud de protección internacional por primera vez ante un Estado miembro. Entendemos que representa también una excepción a la *perpetuatio iurisdictionis*⁴⁹.

D) Estado responsable e interés superior del menor

26. El interés superior del menor se ha convertido en un principio del SECA. A la pregunta sobre cuál es su naturaleza en este marco hay que responder de entrada que es predominante sustantivo, y no

⁴⁵ Art. 4.3 b) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido), COM(2016) 270 final, no enmendado por el Parlamento en su Informe de 24 de febrero de 2017; Cdo. núm. 8, núm. 14, art. 17 bis, entre otros, de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido), COM(2016) 465 final.

⁴⁶ Los otros dos podrían afectar por igual a menores o adultos: son los contemplados en el art. 20.4 y art. 20.5.

⁴⁷ ECLI:EU:C:2013:367.

⁴⁸ De esta Declaración surgió la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 604/2013 en lo que se refiere a la determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional de un menor no acompañado que no tenga a ningún miembro de la familia, hermano o pariente presente legalmente en un Estado miembro, de junio de 2014, COM(2014) 382 final. No se retoma en la Propuesta actual (se indica en p. 5 de la misma que dado que la propuesta difiere de la realizada en junio de 2014, la Comisión tiene la intención de retirar esta, habida cuenta de que hasta el momento ha sido imposible llegar a un acuerdo), como tampoco en el Informe del Parlamento a la misma, de 24 de febrero de 2017. Estos dos documentos no coinciden en el criterio a aplicar.

⁴⁹ Esta es también la lectura de UNHCR, en sus *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 604/2013 as regards determining the Member State responsible for examining the application for international protection of unaccompanied minors with no family member, sibling or relative legally present in a Member State*, pp. 4-5, en <http://www.refworld.org/pdfid/54e1c2924.pdf>.

procesal, ni siquiera a la hora de determinar el Estado responsable para conocer de la solicitud de protección. Así se desprende del art. 8, y de Cdo. 13 y el art. 6 (3) del Reglamento de Dublín III, que enumera como elementos a tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del niño las posibilidades de reagrupación familiar; el bienestar y el desarrollo social del menor; consideraciones de seguridad y protección, especialmente en caso de riesgo de que el menor sea víctima de trata de seres humanos; la opinión del menor, teniendo en cuenta su edad y madurez.

27. De la sentencia del TJUE en el as. C-648/11, mencionada en el apartado anterior, puede resultar no obstante algo distinto: en otras palabras, una suma de consideraciones procesales a las sustantivas que hemos citado. *A priori*, por el sesgo de la decisión podría parecer que la preferencia del TJUE por el Estado de la presencia del menor está en la línea de los argumentos que justifican la competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas II bis. No es así: el razonamiento del TJUE se ubica en el contexto exclusivo del asilo. El TJUE no sigue las conclusiones del AG, Pedro Cruz, concebidas en términos de proximidad al menor en un sentido muy similar al que preside el reglamento Bruselas II bis como se desprende del para 74: “(...) el dato de la localización del menor en el momento de resolver cuál es el Estado responsable de examinar su solicitud de asilo ha de merecer una especial consideración, pues, por principio, para la adecuada defensa de los intereses del menor es preciso que cualquier decisión que le afecte sea adoptada por la autoridad que esté en situación de manera directa las circunstancias que le acompañan”, y del para 77, donde alude a “el examen del menor y la posibilidad de atender a su propia percepción (...)”⁵⁰. En cambio, el TJUE, en el para. 55 de la decisión, elige el argumento de la rapidez que es principio general del SECA, como enuncia el Cdo. núm. 4 del Reglamento de Dublín III⁵¹, y lo aplica al caso específico de los menores: la vulnerabilidad de estos y a la conveniencia de “no prolongar más de lo estrictamente necesario el procedimiento para determinar el Estado miembro responsable” aconseja que los menores no sean trasladados a otro Estado miembro”, y (para. 61) “no alargar inútilmente el procedimiento de determinación del Estado miembro responsable”. Esto es acorde con el Principio 50 de las Directrices del Consejo de Europa sobre Justicia Adaptada a los niños, adoptadas por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en el 1098º encuentro de los ministros: “En todos los procedimientos en que haya niños y niñas involucrados, el principio de urgencia debe ser aplicado para otorgar una respuesta rápida que proteja el interés superior de cada niño o niña en la medida que esto sea compatible con el principio de legalidad”.

III. Marco regulatorio de la protección del menor no acompañado (II): el menor solicitante de asilo en el Reglamento Bruselas II bis

1. Introducción

28. Del Reglamento Bruselas II bis se dice que “constituye la piedra angular de la cooperación judicial en materia familiar en la Unión Europea”⁵², con sus normas uniformes de competencia relativas, por lo que aquí interesa, a los litigios sobre responsabilidad parental en situaciones transfronterizas; unas normas concebidas en función del interés superior del menor, a tenor del Cdo. núm. 12.

29. No cabe duda, a la luz del art. 13.2 Reglamento Bruselas II bis, de que el instrumento se aplica a fin de establecer el tribunal competente para adoptar medidas atinentes a la responsabilidad pa-

⁵⁰ ECLI:EU:C:2013:93.

⁵¹ Cdo. núm. 4 Reglamento de Dublín II: “Dicho procedimiento debe estar basado en criterios objetivos y equitativos tanto para los Estados miembros como para las personas afectadas. Debe hacer posible, en particular, una determinación rápida del Estado miembro responsable con el fin de garantizar un acceso efectivo a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y no comprometer el objetivo de celeridad en la tramitación de las solicitudes de asilo”.

⁵² Así lo califica la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM (2016) 411 final, p. 2.

rental de menores refugiados o desplazados. El art. 13 se sitúa bajo la rúbrica “Competencia basada en la presencia del menor”; el apartado primero se refiere al caso en que no puede determinarse la residencia habitual del menor; el apartado segundo extiende el previo a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país. Ahora bien, es pertinente preguntarse si forman parte de la noción de responsabilidad parental (o, incluso, un paso antes: si son materia civil) las medidas a las que hemos hecho referencia más atrás, en las que muchas veces interviene solo o predominantemente una autoridad administrativa y que se adoptan en el contexto específico del asilo. Si se concluye que así es habrá que proseguir el examen sobre el ámbito personal (cuáles son los menores contemplados por el Reglamento: en particular, si son los mismos que el SECA considera como tales), para analizar finalmente las reglas atributivas de competencia judicial internacional para la adopción de las medidas de protección, y su relación con las que sirven a determinar el Estado responsable en el régimen de Dublín.

30. El estudio se ciñe al Reglamento Bruselas II bis; no obstante se incluye el Convenio 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 (CLH 1996), en la medida en que por su carácter de modelo de aquel (en particular su art. 6) ayude a entender las opciones del legislador europeo⁵³.

2. Delimitación material del Reglamento: protección de los menores no acompañados según el SECA

A) Delimitación de “materia civil”

31. Hablando en general (y desde luego hablando del caso español, ya aludido bajo II.1), la protección jurídica de los menores se caracteriza hoy por la combinación de instrumentos de distinta naturaleza: junto a las reglas de Derecho civil que rigen en el ámbito familiar, cuya aplicación corresponde a un juez, se han abierto camino modelos propios de la esfera jurídico-pública, donde son protagonistas autoridades administrativas en procedimientos administrativos, en los que no obstante se retoman figuras de protección civil como puede ser la guarda voluntaria o el acogimiento. El Reglamento Bruselas II bis tiene en cuenta estos desarrollos; es por ello por lo que la definición de lo que sea “civil” es autónoma, ajena a la atribución de competencias a las autoridades judiciales o administrativas⁵⁴. Únicamente así es posible alcanzar el objetivo del Reglamento de igualdad de trato a todos los menores: en otras palabras, este objetivo solo se logra si todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento⁵⁵.

32. En el marco del asilo intervienen decisiones de marcado carácter público: es el caso en particular de la decisión principal limitada estrictamente a otorgar la protección (o a reconocer la condición de refugiado, si se entiende que la decisión es declarativa⁵⁶). Otras, como el nombramiento de un representante en materia de asilo, o el acogimiento del menor, son auxiliares de aquella. En su Cdo. núm. 10 el Reglamento Bruselas II bis señala que “No se pretende que el presente Reglamento se aplique a (...) las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración”, lo que parece referirse a la decisión principal: una decisión de Derecho público, carente de contenido específico sobre la responsabilidad parental del menor, aunque arrastre consigo otras que afectan directamente a la organización de la vida del menor. En este punto el CLH 1996 es más claro: su art. 4 (j) deja fuera del Convenio “las decisiones sobre el

⁵³ Con posterioridad a la aceptación de este trabajo la Conferencia de La Haya publicó un estudio bajo el título *The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children*, que puede consultarse en <https://assets.hcch.net/docs/acc9fb0f-7947-4766-815f-c002c289e82d.pdf>.

⁵⁴ STJUE, as. C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, para. 40, 45, 46, 48.

⁵⁵ *Loc. ult. cit.*

⁵⁶ Sobre la discusión acerca del carácter declarativo o constitutivo de la decisión sobre la solicitud de asilo *vid.* I. KRAFT, “Asylum Qualification Directive 2011/95/EU- Arts. 11 to 14”, en K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2ª ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2016, pp. 1191-1233, *esp.* p. 1225, para. 9.

derecho de asilo y en materia de inmigración”; el *Informe Lagarde* al Convenio⁵⁷, y el Manual sobre aplicación del Convenio⁵⁸, explican que “Sin embargo, sólo están excluidas las decisiones sustantivas sobre estas cuestiones. En otras palabras, la decisión respecto de si se otorgará o se denegará asilo o un permiso de residencia se encuentra excluida del ámbito del Convenio. No obstante, las medidas concernientes a la protección y/o representación de un niño que solicita asilo o un permiso de residencia quedarán comprendidas dentro del ámbito del Convenio”. El Manual continúa “Esto no afecta los procedimientos en el Estado contratante B para evaluar su reclamo de asilo. Sin embargo, el Convenio será aplicable en lo que respecta a la cuestión de disponer la representación del niño en cualquier reclamo de asilo”⁵⁹.

33. El Cdo. núm. 10 desaparece en la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis⁶⁰, lo que no puede significar –aunque solo por una cuestión de coherencia en el sistema normativo de la UE en sentido amplio– que el Reglamento Bruselas II bis sea relevante para decidir sobre el fondo de la solicitud de protección internacional. El art. 13 se mantiene en todo caso, bajo otra numeración.

B) Inclusión de las medidas de protección del SECA

34. Algunas de las medidas que dentro del SECA tienden a proteger al menor no acompañado no se distinguen de cualquier otra que se adopte al margen de ese sistema, en el contexto general de protección de un menor. El TJUE ha señalado expresamente comprendido en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis el acogimiento en una familia de acogida en sus decisiones sobre los as. C- 435/06 y C-523/07⁶¹; se ha pronunciado del mismo modo en relación con el acogimiento de un menor en un centro asistencial en el as. C-92/12⁶². Aunque ninguno de estos casos concernía un menor solicitante de asilo, podemos afirmar que dada la ausencia de peculiaridades distintivas el acogimiento en familias de acogida, o en establecimientos *ad hoc*, al que se refiere los arts. 24 y 31 de las Directivas “acogida” y “requisitos”, respectivamente, caen en el ámbito de aplicación del Reglamento.

35. La situación es menos clara por lo que se refiere a la garantía específica prevista para la protección de menores no acompañados que consiste en el nombramiento de un representante. La respuesta afirmativa aparece en relación con el CLH de 1996 en el *Informe Lagarde*, así como en el Manual, como acabamos de ver; respecto del Reglamento Bruselas II bis lo señala expresamente algún autor⁶³. En nuestra opinión, sin embargo, la duda es legítima 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. Esto es especialmente claro en el caso del Reglamento de Dublín III: el núcleo de las funciones del representante se va a desarrollar en el marco procesal o procedimental del asilo; de hecho se concibe limitada al mismo. El representante legal sólo complementa la capacidad limitada del menor al efecto de ese procedimiento específico, no siendo responsable del conjunto de tareas que normalmente se asignan a un tutor, por lo que no es equiparable a él⁶⁴. Como consecuencia de ello los plazos requeridos para los nombramientos del representante y el tutor varían, como las autoridades que intervienen, al menos en algunos ordenamientos⁶⁵; añade la doctrina que es frecuente que se nombren diferentes representantes para

⁵⁷ *Informe explicativo del Convenio sobre la protección de los niños de 1996*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 1998, para. 36 y para. 44.

⁵⁸ *Manual práctico sobre el funcionamiento del convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2014, para. 3.52.

⁵⁹ *Loc. ult. cit.*, para. 4.15.

⁶⁰ COM (2016) 411 final.

⁶¹ ECLI:EU:C:2007:714, la primera, y ECLI:EU:C:2009:225, la segunda.

⁶² ECLI:EU:C:2012:255. Lo que permite afirmar que el acogimiento en centros de menores queda incluido en el Reglamento, excepto en el caso de que estemos ante una detención penal.

⁶³ E. PATAUT, “Art. 13”, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, para. 9.

⁶⁴ *Vid. supra*, nota al pie núm. 34.

⁶⁵ *Vid. el caso de Austria*, donde el representante es nombrado inmediatamente, y el tutor solo al cabo de seis meses, siendo necesaria la intervención de un juez de menores: *Manual and Project Report. Dublin for Guardians* elaborado por Nidos, Caritas International, France Terre d’Asile, Países Bajos, 2015.

las cuestiones de asilo, y para el resto de las necesidades del menor⁶⁶; en la praxis se aprecia también una tendencia a separar ambos⁶⁷; Ello es congruente con la insistencia ya desde los instrumentos legales en que la persona del representante debe estar debidamente cualificada, lo que supone unos conocimientos jurídicos específicos⁶⁸ en relación con una normativa que si bien es de raíz europea posee todavía un gran componente local⁶⁹. Es por este motivo por lo que en última instancia, aun si prevaleciera la convicción de que el rol del representante en materia de asilo se enmarca en la responsabilidad parental en el sentido del reglamento Bruselas II bis, sería oportuno preguntarse sobre la idoneidad de aplicar los mismos criterios de competencia judicial internacional que se utilizan para la protección general del menor. Piénsese que lo que interesa es un representante que esté familiarizado con los procedimientos y con la normativa aplicable al asilo en un Estado miembro preciso, por tanto una persona próxima al sistema donde se va a decidir sobre el Estado responsable y sobre la solicitud; es menos relevante la proximidad al menor y a su realidad cotidiana, que son los elementos que justifican los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento, especialmente la residencia habitual, y la presencia como subsidiario de ella. Como contrapartida hay que darse cuenta de que la separación de funciones - de manera que el representante previsto en los instrumentos de asilo pueda ser distinto de la institución que ejerce el resto de las funciones relativas a la protección del menor- conduce a la necesidad de que la institución/persona nombrada para la protección general del menor y la que le representará y asistirá en el procedimiento de asilo se coordinen. Si los criterios de los instrumentos aplicables (el Reglamento Bruselas II bis para la protección general; los instrumentos SECA para el representante en materia de asilo) no apuntan a un único y mismo Estado miembro la coordinación habrá de ser transfronteriza, con la mayor complejidad que ello supone.

3. Ámbito de aplicación personal

A) “Menor”

36. No existe en el Reglamento Bruselas II bis una definición de menor, a diferencia de lo que sucede en el art. 2 CLH 1996: el Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años. En consecuencia la cualidad de menor deberá ser establecida a la luz de la ley aplicable - que en algunos países, como Costa de Marfil, Mali o Nigeria, se establece aún en los 21 años. A fin de evitar las desigualdades que podrían resultar de esta solución algunos autores han propuesto una definición propia; no obstante no hay acuerdo sobre este punto⁷⁰. La Propuesta de refundición del Reglamento resuelve la incertidumbre definiendo al niño como “menor de 18 años”⁷¹. Sigue en cambio sin dar una respuesta expresa a la pregunta sobre su aplicación al menor emancipado, que sí están comprendidos en el CLH 1996 a tenor del *Informe Lagarde* (para. 15). La cuestión es interesante en relación con los menores no acompañados casados, a los cuales el Reglamento de Dublín III también comprende bajo el art. 8, como a los demás menores. En la práctica las dudas sobre la edad -que no son infrecuentes en el caso de menores migrantes- se vienen resolviendo desde la presunción de que los sujetos en cuestión son menores a los efectos de establecer la competencia judicial internacional; el determinarlo con certeza es algo que queda para el juicio de fondo⁷².

⁶⁶ C. HRUSCHKA, F. MAIAINI, “Dublin III Regulation (EU) N° 604/2013”, en K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2ª ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, 2016, pp. 1478-1604, esp. p. 1509, para. 6. Obviamente esto no excluye por sí solo la calificación de la representación en materia de asilo como responsabilidad parental, pero abunda en la idea.

⁶⁷ Vid. OLG Karlsruhe, de 5 de marzo de 2012, 18 UF 274/11; OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014, 18 UF 85/14; OLG Frankfurt, de 17 de junio de 2014, 5 UF 112/14; OLG Frankfurt am Main, de 2 de junio de 2016 - 6 UF 121/16, entre otras muchas. A propósito de la práctica en Alemania K. RIEGNER, “Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in asyl-und ausländerrechtlichen Angelegenheiten”, *NZ Fam*, 2014, pp. 150-155.

⁶⁸ Sin embargo no se confunde con el asesor legal del menor.

⁶⁹ Si prosperan las propuestas de modificación del sistema de asilo el instrumento común será el reglamento, y no la directiva, lo que ayudará a eliminar las divergencias entre los Estados miembros.

⁷⁰ A favor, U. SPELLENBERG, “Art. 1”, en Staudinger, *EheGVO*, 2010, nota 29. En contra, S. ARNOLD, “Art. 1”, en C. Althammer (ed.), *Brüssel Iia/Rom III. Kommentar*, C.H. Beck, 2014, para. 20; W. PINTENS, “Art. 1”, en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, para. 65.

⁷¹ Cdo. núm. 12; art. 2.7.

⁷² Vid. OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014, 18 UF 85/14, y de 26 de agosto de 2015, 18 UF 112/15.

37. Una segunda diferencia entre el Reglamento Bruselas II bis y el SECA es que el primero posee un ámbito de aplicación más amplio en relación con los menores, ya que no limita su aplicación a los que sean nacionales de terceros Estados. Por lo demás, la categoría de “menor no acompañado” no es relevante a los efectos de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: no desencadena ningún tratamiento distinto, ni la falta de acompañamiento es requisito para que se aplique el art. 13, cuando se trate de menores refugiados o desplazados internacionalmente a causa de disturbios en su país⁷³.

B) “Refugiado”

38. En su art. 13.2 el Reglamento prevé un criterio de competencia especial para los menores refugiados y desplazados por disturbios en su país. No provee, sin embargo, una definición de refugiado. En la doctrina se propone partir de la del art. 1 A del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, pero se sostiene también que no es necesario que el menor goce de protección internacional para que se aplique el precepto⁷⁴. A nuestro juicio parece razonable dar cabida bajo el art. 13.2 no solo a los menores que ostenten ya el estatuto de refugiado, sino también a quienes lo soliciten, y a quienes sin hacerlo se encuentran *prima facie* (por cuanto no cabe un análisis de fondo de la situación en este momento procesal) en la misma situación de hecho⁷⁵; y lo mismo en el caso de la protección internacional subsidiaria. El elemento relevante no debe ser encontrarse formalmente en una situación administrativa determinada, sino en la situación fáctica que justifica el criterio de competencia del art. 13.2: el menor posee ciertamente una residencia habitual (en un Estado tercero que no sea parte del CLH 1996), que es identificable (en otro caso el supuesto es del art. 13.1), pero que resulta inaccesible por los riesgos que representa para el individuo; por ese motivo el sujeto ha roto los vínculos con ella. Sobre esto tratamos a continuación.

4. Los criterios de competencia judicial internacional

A) La (*a priori*) irrelevancia de la residencia habitual. Foro de la presencia

39. Existe una inclinación natural a asociar la organización de la protección de menores refugiados y los desplazados como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países a la competencia judicial internacional del Estado donde se encuentran. Señala el *Informe Lagarde* al CLH 1996 a propósito de estos menores, en su para. 44 que “la competencia normal atribuida por el Convenio a las autoridades del Estado de su residencia habitual es aquí inoperante, ya que estos niños por supuesto han roto toda relación con el Estado de su residencia habitual anterior y la precariedad de su estancia en el Estado donde han encontrado provisionalmente refugio no permite considerar que han adquirido una residencia habitual”. De ahí la creación de un foro específico, similar al que se emplea en situaciones de urgencia pero distinto de él. Continúa señalando el *Informe*, en efecto, que “La Conferencia descartó la solución consistente en someter estas situaciones al foro de urgencia, o incluso ampliar la competencia basada en la urgencia para cubrir dichas circunstancias (...) Prefirió casi por unanimidad atribuir en estas situaciones a las autoridades del Estado sobre el territorio del cual están presentes estos niños la competencia general atribuida normalmente a las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño”. Lo que esto significa es que la competencia del art. 6.1 del CLH es regular: no se concibe como derogación a otra, y por lo tanto no debe interpretarse de forma estricta, por lo que se refiere a las medidas que cabe adoptar a su amparo.

⁷³ Aunque sea un caso frecuente, como señala el *Informe Lagarde*, para. 44, en relación con el art. 6.1 CLH 1996, sin que pueda entenderse sin embargo que limita el precepto a los menores no acompañados. De otra opinión R. Hausmann, *Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht*, C.H. Beck, 2013, Teil I, B, para. 168.

⁷⁴ R. HAUSMANN, *loc. cit.*; D. SCHÄUBLE, “Art. 13”, en C. ALTHAMMER (ed.), *Brüssel IIa/Rom III. Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 2014, para. 10.

⁷⁵ Y ello con independencia de la posición que se mantenga sobre la naturaleza declarativa o constitutiva de la resolución: *vid. supra*, nota al pie núm. 55.

40. El art. 13.2 del Reglamento Bruselas II bis sigue en este punto al CLH 1996. La competencia está basada en el imperativo de rapidez, pero alcanza a la organización de toda la protección del menor, y no sólo a lo que sea urgente⁷⁶. En consecuencia, las decisiones adoptadas sobre la base del art. 13 pueden circular entre Estados miembros al amparo del Reglamento, y no experimentan por virtud de este una limitación geográfica, ni temporal, como ocurre con las medidas provisionales y cautelares del art. 20. De este modo, en caso de solicitud de asilo, si se determina que el Estado responsable es uno distinto del aquel donde se halla el menor -por tanto el mismo debe ser trasladado- las medidas de protección ya adoptadas cuya naturaleza o contenido no impida o desaconseje su exportación podrán seguirle al nuevo Estado, previo reconocimiento en él.

41. El alcance de la competencia basada en la presencia es, con todo, intrínsecamente limitado: por un parte, desde el momento en que el menor consolide una residencia habitual en un Estado miembro la presencia en cualquier otro es irrelevante; sólo una nueva residencia habitual puede venir a sustituir a la primera en términos de competencia⁷⁷. Por otra, en defecto de residencia habitual cualquier presencia es relevante a los efectos del art. 13: no se exige ninguna presencia “cualificada” por una cierta duración o adornada por cierto grado, siquiera mínimo, de integración del menor en el territorio. A juicio de la doctrina esto es así hasta el punto de no hay una *perpetuatio iurisdictionis* en relación con el art. 13: si el menor se desplaza mientras había un procedimiento abierto con base en 13 la competencia judicial internacional no se mantiene⁷⁸.

B) El foro de la residencia habitual

42. La escasa praxis a propósito, o que ha trascendido, sobre menores refugiados y el Reglamento Bruselas II bis⁷⁹, muestra que en la práctica la residencia habitual sigue jugando un rol: frente a la afirmación del *Informe Lagarde* antes reproducida sobre la precariedad de la presencia en un Estado refugio, encontramos sentencias que afirman la residencia habitual tras una estancia de ocho meses, e incluso de cuatro⁸⁰. Cabe opinar que la residencia habitual se identifica en estos casos a costa de perder parte de su sentido, llegando a ser intercambiable con la presencia⁸¹; pero también puede argumentarse que la noción de residencia habitual está determinada por el contexto; y que los elementos que deben concurrir para apreciarla, que veremos a continuación, deben ser leídos a la luz del mismo. Encontramos apoyo para esto en la doctrina que sostiene que las reglas sobre residencia de la normativa sobre extranjería responden a criterios que nada tienen que ver con los motivos por los que la residencia habitual se retiene como punto de conexión o criterio jurisdiccional en DIPr⁸². Por ello, la noción no debe ser tampoco la retenida en el Convenio de Ginebra de 1951, que permite acceder a determinados beneficios

⁷⁶ D. SCHÄUBLE, para. 2; E. PATAUT, para. 9-10.

⁷⁷ La adquisición de una nueva residencia habitual es el supuesto normal con la excepción de los niños nómadas: *vid.* STJUE, as. C- 523/07, ECLI:EU:C:2009:225.

⁷⁸ D. SCHÄUBLE, para. 8. La afirmación se ha realizado en relación con el art. 13.1, pero es válida igualmente para el apartado 2, que sigue a aquel.

⁷⁹ Han sido consultadas bases de datos públicas (EUPILLAR, que reúne jurisprudencia nacional sobre instrumentos europeos, incluyendo Bruselas II bis, del TJUE, Bélgica, Alemania, Inglaterra y Gales, Italia, Polonia, Escocia y España desde la entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015; EuFams, con más de 550 decisiones que aplican los reglamentos europeos sobre litigación transnacional en materia de familia, de Bulgaria, Croacia, República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Eslovaquia y España; EDAL –European Data Base of Asylum Law); y privadas (Beckonline, Aranzadi)–.

⁸⁰ OLG Karlsruhe, de 26 de agosto de 2015, 18 UF 112/15, para lo primero; y OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014, 18 UF 85/14, para lo segundo. Procede recordar que conforme a la decisión del Bundesgerichtshof, Beschluss vom 29.10.1980 - Az.: IVb ZB 586/80), con carácter general una estancia de al menos seis meses permite concluir que se ha establecido una nueva residencia habitual. Lo mismo en Austria (*vid.* OGH, de 30 de octubre de 2003, EFSlg 105.353) y en Suiza (ATF, de 15 de noviembre de 2005).

⁸¹ De hecho la sentencia del OLG Karlsruhe, de 21 de mayo de 2014 - 18 UF 85/14, apoya su competencia en ambos preceptos: si no es competente por virtud de uno lo es por el otro.

⁸² P. MANKOWSKI, “Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration”, *IPRax*, 2017, pp. 40-49, pone como ejemplo el permiso de residencia de 18 meses del para. 17 a AufenthG, cuyo objetivo es el reconocimiento de cualificaciones obtenidas en el extranjero, lo que solo tiene sentido si se tiene la intención de trabajar en el territorio. *Vid.* también A. FIORINI, referencias en notas al pie núm. 131, 133.

(como la asistencia judicial, art. 16.2), ligados a la mayor o menor vinculación del refugiado al Estado. La perspectiva es completamente diferente a la del Reglamento Bruselas II bis, cuya finalidad no es establecer privilegios de ningún tipo, sino distribuir la competencia judicial internacional entre los Estados miembros de la UE sobre la base de criterios de proximidad y previsibilidad para los implicados.

43. Es legítimo preguntarse si cabe consolidar una residencia habitual en un Estado miembro al margen (antes) de cualquier solicitud de asilo o mientras está abierto el proceso (primero el de determinación del Estado responsable, luego el relativo al fondo), a los efectos del Reglamento Bruselas II bis; y más concretamente si puede consolidarla un menor separado de sus progenitores u otros parientes. En el Reglamento no hay una definición de “residencia habitual”: ha sido el TJUE el que ha ido elaborando la noción, especialmente en sus sentencias C- 523/07 y C- 497/10, y en la reciente relativa al as. C-111/17⁸³. Conforme al TJUE, se trata de un concepto autónomo del Reglamento, que debe determinarse a través del análisis de las circunstancias de hecho particulares para el caso concreto, y en el que el interés superior del menor debe tener una relevancia decisiva⁸⁴. La presencia es un requisito necesario, pero debe acompañarse de elementos que permitan presumir que no tiene un carácter temporal u ocasional y que existe cierto grado de integración social en el entorno social y familiar. Entre estos factores se cuentan la duración, regularidad, condiciones y razones de la presencia en el Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, nacionalidad del niño, lugar y condiciones de asistencia al colegio, conocimientos lingüísticos y relaciones familiares y sociales del niño⁸⁵. El TJUE recuerda algo de especial interés en el contexto de este estudio, como es que el reglamento no impone una duración mínima de presencia como requisito de la residencia⁸⁶ - aunque hay que decir que si el menor permanece estable en un Estado miembro durante los procesos la extensión de su presencia no será un problema, habida cuenta del tiempo que suelen durar: por lo que se refiere a la identificación del Estado responsable, si el Estado determinante considera que lo es él mismo el procedimiento de asilo propiamente dicho comenzará inmediatamente; si en cambio entiende que es otro, se intentará el traslado del solicitante, lo que puede llevar hasta once meses, dependiendo de las circunstancias (que el sujeto trate de fugarse; sea detenido; apele la decisión). Por lo que se refiere al procedimiento de asilo la Directiva 2013/32/EU señala en su art. 31 que el examen en primera instancia debe terminarse en seis meses, pero contempla la extensión a otros nueve en atención a circunstancias tales como el elevado volumen de solicitudes⁸⁷.

44. Finalmente, el TJ indica que el “entorno social y familiar”, que es esencial para determinar la residencia del menor, se compone de distintos factores y que estos son variables según la edad del menor: así, para un lactante el entorno es necesariamente el de la persona o personas que lo cuidan⁸⁸. La afirmación es de interés en el contexto de los menores no acompañados solicitantes de asilo: sus circunstancias especiales (no solo la edad) deben ser tenidas en cuenta a la hora de identificar su residencia habitual, que por definición será separada de la de los progenitores⁸⁹.

45. El elemento intencional como ingrediente de la residencia habitual aparece en la jurisprudencia del TJUE, aunque a nuestro juicio no con la fuerza con que pretenden algunos autores⁹⁰. Se ha di-

⁸³ ECLI:EU:C:2009:225, la primera; ECLI:EU:C:2010:829, la segunda; y ECLI:EU:C:2017:436 la última.

⁸⁴ C-523/07, para. 34, 36,37.

⁸⁵ C- 523/07, para 38; C- 497/10, para. 47, 49; C- 111/17, para. 43, 44.

⁸⁶ C- 497/10, para. 51. No obstante, también señala como indicio en contra de apreciar una residencia habitual el que un menor permanezca un corto período de tiempo en un Estado llevando en él una vida errante: as. C- 523/10, para. 41.

⁸⁷ El mismo precepto posibilita no obstante que se dé prioridad a las instancias presentadas por menores no acompañados.

⁸⁸ C-497/10, para. 54 a 56 ; C- 111/17, para. 45.

⁸⁹ *Vid.* OLG Karlsruhe, de 5 de marzo de 2012, 18 UF 274/11: la residencia habitual del menor es Alemania a pesar de que sus padres no se encuentran en el territorio, en atención al tiempo que él había pasado en este país en familias de acogida. Es pertinente recordar que diferencia de los instrumentos del SECA, que establecen la obligación de buscar familiares del menor, el Reglamento Bruselas II bis no prevé nada similar.

⁹⁰ M.PH. WELLER, B. RENTSCH, “Habitual Residence: A Plea for *Settled Intention*”, en S. LEIBLE (ed.), *General principles of European Private International Law*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 171-187, esp. p. 182, entienden que para el TJ la intención es el criterio decisivo. En la reciente decisión C- 111/17, para. 47, 48, el TJUE aclara que la intención de los padres de establecerse con el menor en cierto lugar es solo un indicio a tener en cuenta junto con otros, y a ponderar según las circunstancias del caso.

cho que la intención es irrelevante en menores, por oposición a los adultos⁹¹; los menores son incapaces de desarrollar una intención de residir en un lugar. En nuestra opinión el requisito debe ser considerado desde la perspectiva de un menor, y si bien es difícil hablar de una verdadera intención, sí es posible determinar la preferencia, e incluso la voluntad de un niño de permanecer o no en un lugar⁹². En la misma línea apuntan otros autores cuando sostienen que la intención a los efectos de adquirir la residencia habitual no es un concepto legal, sino natural; y que si bien toma en cuenta datos como las relaciones familiares, no hace de ellas una presunción irrefutable como ocurre en la noción de domicilio⁹³.

46. La cuestión del peso que la cualidad de la residencia (legal, ilegal, regular) pueda tener en el marco del Reglamento no ha sido abordada por el TJUE⁹⁴. Sí está resuelta en textos legales sobre DIPr de los Estados miembros, así como en la doctrina. Todos apuntan a la misma conclusión, a nuestro entender correcta, en el sentido de que la legalidad o ilegalidad de la residencia, la existencia o no de un permiso de residencia, no son vinculantes para determinar la residencia a los efectos del DIPr⁹⁵.

47. En definitiva, puede existir una residencia habitual en el sentido del Reglamento Bruselas II bis del menor no acompañado que solicita asilo al amparo del SECA: adquirida antes de presentar la solicitud⁹⁶; o durante el proceso de determinación del Estado responsable; o del proceso de asilo en sentido propio. La residencia habitual es el criterio de competencia preferente en el Reglamento Bruselas II bis, de manera que si se consolida la misma no será necesario ni posible buscar otro foro de competencia, quedando abierto en todo caso el art. 20 para las situaciones de urgencia en que el menor se halle fuera del Estado de su residencia habitual⁹⁷.

IV. Conflictos entre ambos regímenes. Propuestas de solución

1. Conflictos

48. A la luz de lo expuesto sobre el régimen de protección del menor en el Reglamento Bruselas II bis, y en el Reglamento de Dublín III, se identifican varias constelaciones de conflicto potencial entre ellos. Las posibilidades de que los criterios de competencia judicial del primero (arts. 8 y 13.2) y los de determinación de un Estado responsable del segundo (art. 8) no apunten hacia un mismo Estado miembro son reales.

49. La existencia de reglas jurisdiccionales que no se encuentran alineadas, aplicables al mismo individuo, es apta para crear problemas de tipo tanto jurídico como práctico. Por una parte, si se estima que los mandatos del SECA sobre la protección del menor no acompañado no comportan automática-

⁹¹ A. BORRÁS, "Art. 8", en U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels IIbis Regulation*, Sellier, Munich, 2012, para. 8.

⁹² Vid. la SAP Málaga, núm. 92/2016, de 12 de febrero, AC/2016/1249, a propósito de un menor marroquí interceptado en España en su proceso migratorio de Marruecos a Francia; las autoridades francesas tiene la guarda de hecho; el menor, de 12 años, carece de todo arraigo en España; su voluntad, manifestada mediante su huida y viaje al extranjero, es de no permanecer en España.

⁹³ M. PH. WELLER, B. RENTSCH, p. 184.

⁹⁴ En el Reglamento mismo se alude al cambio legal de residencia en el art. 9: pero la legalidad se predica del cambio, no de la residencia; y el movimiento ilegal contemplado es el ocasionado por una sustracción internacional.

⁹⁵ Art. 4.2 Código de DIPr belga, de 2004: "La résidence habituelle se comprend comme: 1. le lieu où une personne physique s'est établie à titre principale, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir (...)". En el mismo sentido el art. 2570 del Nuevo Código Civil rumano, y art. 48 VII del Código de DIPr de Bulgaria. En la doctrina vid. P. MANKOWSKI, *IPRax*, esp. 48-49.

⁹⁶ El factor tiempo puede jugar en la decisión sobre si otorgar o no el asilo (se aprecia en la jurisprudencia que una petición no inmediata, especialmente si se hace próxima a la adquisición de la mayoría de edad o al vencimiento de permisos de estancia, suscita suspicacia sobre su fundamento real), pero no convierte en inadmisibles la petición. En cualquier caso, en la medida en que sigamos ante un menor no acompañado en el sentido del SECA la protección prevista en el sistema es necesaria al menos antes y durante el procedimiento en cuenta al fondo.

⁹⁷ El art. 20 no juega para la adopción de medidas sobre la persona del menor cuando lo hace el art. 13, quedando absorbido por este.

mente la competencia de las autoridades del Estado “determinante” del responsable, y de este mismo, para adoptar las medidas a las que se refiere el art. 6 Reglamento de Dublín III, o los arts. 24, 25 y 31 de las Directivas “acogida”, “procedimientos” y “requisitos”, respectivamente, sino que esto es materia solo del reglamento Bruselas II bis⁹⁸, lo que nos podemos encontrar es con que un Estado miembro examina la solicitud de asilo, pero es otro el que debe nombrar al representante a efectos de los procedimientos de asilo y adoptar el resto de las medidas de protección. La separación es artificial y sobre todo, poco operativa. Por supuesto, las decisiones pronunciadas en el Estado designado a través de los criterios del Reglamento Bruselas II bis al amparo del art. 8 (residencia habitual) o del art. 13 (presencia) son susceptibles de reconocimiento en los demás Estados: pero aparte de que por su contenido material es posible que no sean susceptibles de exportación, o que no tenga interés el hacerlo (si, por ejemplo, se ha nombrado un tutor legal del menor sin conocimientos sobre los procedimientos de asilo en general, o en concreto sobre las particularidades en el Estado responsable), la necesidad de un reconocimiento en otro Estado, por inmediato que sea, contradice el imperativo de rapidez que preside la materia. Podría incluso darse una situación más extrema como consecuencia de la diferente definición de “menor” en los dos ámbitos concernidos, si el sujeto que es menor a los ojos del SECA no lo es conforme al Reglamento Bruselas II bis, o viceversa.

50. Si, por el contrario se estima que los dos instrumentos jurídicos aludidos –Reglamento Bruselas II bis, Reglamento de Dublín– regulan la competencia internacional para la adopción de medidas de protección, es imaginable una situación en que se organicen dos fórmulas de protección: una, general, por parte del Estado competente conforme al Reglamento Bruselas II bis, y otra específica para el procedimiento de asilo por el Estado responsable; o dos del segundo tipo. En este caso lo que se genera es la necesidad de coordinarlas.

51. No es difícil imaginar situaciones de conflicto: dado que un menor puede consolidar una residencia habitual independiente de la de sus progenitores (u otros parientes) bastará con que la tenga en un Estado miembro, si solicita el asilo y los criterios del Reglamento de Dublín III apuntan a otro distinto conforme al art. 8.1 y 8.2. Lo mismo, en el caso del menor que no ha adquirido residencia habitual en la UE y está presente en un Estado miembro. La preferencia establecida en el art. 8.3 también puede jugar en contra de la convergencia de los criterios de competencia y responsabilidad en un mismo Estado: será el caso de un menor residente en un Estado miembro con ciertos parientes, y cuyos progenitores o hermano se encuentran en otro⁹⁹. La coincidencia es más probable en los supuestos en que no operan los criterios para la reagrupación familiar (art. 8.4), pero aún entonces cabe la disociación: será el caso del menor que ha solicitado asilo en un (o varios) Estados miembros distinto de aquel en que se encuentra o tiene su residencia habitual actualmente.

52. Es pertinente detenernos un momento y retomar la afirmación, que hacíamos en el apartado II.2 C) b), conforme a la cual sistema de asilo está concebido de forma que el solicitante esté presente en el Estado miembro responsable. Esta presencia es, como dijimos, una consecuencia derivada de la distribución de la responsabilidad entre los Estados miembros, ajena a la voluntad del solicitante de asilo. Por el contrario, en el Reglamento Bruselas II bis la competencia sigue al sujeto: a su nueva residencia habitual, o en su defecto, al Estado donde se halle físicamente presente. Esto acentúa las posibilidades de no coincidencia de los criterios de ambos regímenes en un mismo Estado miembro. La decisión del TJUE en el as. C- 648/11 establece una excepción en este sentido, porque altera la lógica del sistema de asilo: para el caso del menor que carece de familia o parientes y solicita asilo en más de un Estado miembro incluyendo aquel donde se encuentra, es responsable el Estado donde se halle tras realizar la solicitud - y ello con independencia de que haya abierto un procedimiento en el Estado anterior; como sucede en el Reglamento Bruselas II bis, no hay *perpetuatio iurisdictionis*¹⁰⁰. Como vimos, el criterio no

⁹⁸ Lo que no creemos: *vid. supra* bajo II. 2 C) b).

⁹⁹ En principio el interés superior del menor puede servir a corregir estos resultados. Otra cosa es que lo haga de manera que se produzca la convergencia con los criterios de competencia del Reglamento Bruselas II bis. *vid. bajo* 2. A) b).

¹⁰⁰ *Vid. supra* notas al pie núm. 48 y 79.

está incorporado al Reglamento de Dublín III; aparte de ello sólo resuelve un determinado tipo de casos (menor sin familiares ni parientes), y ni siquiera en todas sus variantes. En particular, no vale si el menor, tras pasar de un Estado a otro, no solicita asilo en el último¹⁰¹.

2. Propuestas de solución

A) Consolidación

53. La primera posibilidad para solucionar el conflicto potencial que hemos descrito pasa por consolidar la condición de Estado responsable –conforme al SECA– y Estado con competencia judicial internacional –conforme al Reglamento Bruselas II bis– en un único Estado miembro. A simple vista, ello es complicado porque los instrumentos poseen lógicas propias y distintas. Ahora bien, como indicábamos más atrás el caso de los menores, y más aún el de los menores no acompañados, supone una inflexión de la lógica general del SECA a favor de otra centrada en el interés superior del menor, por lo que cabe decir que –como punto de partida– ambos ámbitos jurídicos poseen esta filosofía en común. En ambos el interés del menor se manifiesta primero en una regla fija (Reglamento de Dublín III: es Estado responsable aquel donde quepa reagrupar al menor con familiares o parientes; Reglamento Bruselas II bis: la competencia judicial internacional corresponde a los tribunales de la residencia habitual), y luego en una posibilidad de escape (todas las reglas del art. 8 Reglamento de Dublín III están supeditadas a que aplicarlas redunde en interés del menor; en el Reglamento Bruselas II bis la herramienta de escape es el art. 15). Así, al menos en teoría se podría llegar en ambos casos a reunir las cualidades de Estado competente y responsable. En realidad ello depende de que ambos regímenes entiendan del mismo modo el interés superior del menor.

a) Consolidación desde el Reglamento Bruselas II bis

54. Una primera posibilidad sería partir de la previsión del SECA sobre el Estado responsable; si en aplicación del art. 8 Reglamento de Dublín III se prevé que el menor debe ser trasladado a otro Estado miembro, el tribunal competente conforme al Reglamento Bruselas II bis podría limitarse a adoptar medidas urgentes conforme al art. 20, transfiriendo por lo demás la competencia al otro Estado por la vía del art. 15.

55. En el as. C-428/15¹⁰², a propósito del art. 15, el TJUE ha señalado (para. 44) que “la consideración del interés superior del menor, en el marco del Reglamento nº 2201/2003, tiene por objeto (...) garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor”. La decisión continúa interpretando el precepto, poniendo de relieve la dificultad para poner en marcha el mecanismo: de entrada no está condicionado solo al interés superior del menor, sino que para poder solicitar la remisión de competencia a otro tribunal este debe estar mejor situado. Este requisito es el que mayores problemas presenta a los efectos que aquí interesan. En este contexto el TJUE ha señalado en primer lugar que la remisión solo cabe a un tribunal con una vinculación especial con el menor, capaz de “desvirtuar la presunción fuerte a favor del mantenimiento de la propia competencia” establecida conforme al Reglamento. El art. 15.3 indica los elementos que definen tal vinculación, todos ellos basados en la proximidad con el menor, en lo que el TJUE entiende como una enumeración cerrada (para. 51): y en ella no tienen cabida los criterios del art. 8.1 y 8.2 del Reglamento de Dublín III. Puede representar una excepción el apartado 3.d, que aprecia vinculación con el Estado de la residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental; pero como se aprecia la regla es más restringida y en todo caso distinta a lo previsto en el art. 8 Reglamento de Dublín III, que apunta a los Estados donde se hallen legalmente miembros de la familia –constituida ya en el Estado de origen–, o parientes del menor.

¹⁰¹ La propuesta de la Comisión a la que nos referimos en la nota al pie núm. 48 sugería invitar al menor en esa circunstancia a presentar una solicitud nueva; sería Estado responsable aquel en que el menor hubiera realizado la solicitud más reciente. No obstante, como se indicaba allí tal propuesta no ha prosperado.

¹⁰² ECLI:EU:C:2016:819.

56. En segundo término, la remisión debe hacerse a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto, lo que sucederá si (para. 57) “[la remisión] puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor”, para lo cual el tribunal de referencia puede tener en cuenta las normas procesales de ese otro Estado miembro, como las relativas a la obtención de pruebas; en cambio no atender al Derecho material aplicable. Si se considera que en el SECA el interés del menor es predominante sustantivo¹⁰³ se ve con claridad las dificultades para la convergencia con este aspecto del art. 15.

57. Finalmente, de existir un tribunal que presente una vinculación especial y esté mejor situado, aun es necesario que remitirle el asunto responda al interés superior del menor, lo que se concreta en que no incida negativamente sobre la situación del menor afectado: sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales, o económica, del menor de que se trate (para. 59).

b) Consolidación desde el SECA

58. A la luz de lo estricto de estas condiciones parece *a priori* más sencillo operar la unificación de la condición de competente y responsable en un mismo Estado miembro desde el sistema de asilo, al hilo de la determinación del Estado responsable, a través de la cláusula de escape: la fórmula “siempre que ello redunde en el interés superior del menor”.

59. Está por ver, sin embargo, que la interpretación de tal fórmula conduzca al Estado donde se encuentra la residencia habitual (art. 8 Reglamento Bruselas II bis) o está presente el menor (art. 13 mismo Reglamento), desplazando al Estado en que miembros de su familia, o parientes que puedan ocuparse de él, se hallen legalmente (arts. 8.1, 8.2, 8.3). Un primer obstáculo se encuentra en las dudas sobre la flexibilidad que la condición de “redundar en el interés superior del menor” confiere al sistema: ¿permite realmente considerar como Estados responsables otros distintos de los indicados de forma expresa? En este sentido apunta la ausencia de un criterio de cierre para el caso de que ninguno de los enunciados opere en el interés superior de un menor concreto: en esta circunstancia parecería que solo cabe identificar el Estado responsable sobre la base, precisamente, de ese interés. Pero fuera de este supuesto, ¿cuál es el grado de apertura real que el interés superior del menor obliga a introducir en el sistema; qué es necesario para refutar la reagrupación con familiares o parientes como concreciones de ese interés? La redacción elegida para el art. 8 conduce a excluir que se haya querido hacer del interés superior del menor *el* criterio general para la distribución de la responsabilidad, y de la presencia de familia, hermanos o parientes en un Estado miembro solo ejemplos de ese interés; tal vez solo sean presunciones, pero son presunciones fuertes. El Reglamento de ejecución del Reglamento de Dublín III¹⁰⁴ ratifica la fuerza de estos elementos aún más –hasta el punto de eliminar toda relevancia independiente al interés superior del menor– cuando aborda la cooperación entre Estados en relación con menores no acompañados. Recuérdese que el art. 6.3 Reglamento de Dublín III dispone que “Los Estados miembros cooperarán estrechamente entre sí para determinar el interés superior del niño”, e indica un conjunto de factores a tener en cuenta de forma específica; esta cooperación debe servir para establecer conjuntamente el Estado miembro responsable y evitar conflictos de intereses; en ningún momento especifica que se ciña a los EM referidos en el art. 8. El Reglamento de ejecución, sin embargo, no desarrolla esta cooperación que se enuncia como abierta, sino que ya de entrada la limita a lo necesario para poder aplicar los apartados 1, 2, y 3 del art. 8 en lo relativo a la identificación de familiares o parientes, y no del interés superior del menor. A este fin el Reglamento prevé un intercambio de información entre el Estado que determina el Estado miembro responsable y otros Estados a fin de identificar miembros de

¹⁰³ En principio los argumentos procesales no son relevantes en el interés superior del menor en el SECA, aunque puedan imponerse en determinadas circunstancias como las subyacentes a la sentencia del TJUE en el as. C- 648/11. *Supra*, aptdo. II.2 D).

¹⁰⁴ Reglamento de ejecución (UE) núm. 118/2014 de la Comisión, de 30 de enero de 2014, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1560/2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n o 343/2003 del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, DO, L, 8 de febrero de 2014.

la familia del menor, establecer vínculos familiares probados, y evaluar la capacidad de los parientes del menor para hacerse cargo de él¹⁰⁵. Se alude a la cooperación también a fin de determinar la persona más adecuada para hacerse cargo del menor, cuando haya varias; solo en este contexto aparece el interés superior del menor como elemento a tener en cuenta (y ni siquiera es el único).

60. Un segundo obstáculo a la consolidación desde el SECA de las condiciones de Estado competente conforme al Reglamento Bruselas II bis/Estado responsable conforme al Reglamento de Dublín III es el que sigue. En abstracto parece difícil superar la correspondencia entre el interés superior del menor y la reagrupación familiar, que es un valor sustantivo predominante en el SECA, en atención a consideraciones de naturaleza procesal como las que subyacen a los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis. La proximidad del foro a los elementos probatorios, en particular, es irrelevante en materia de asilo: las evidencias de los datos que sustentan la decisión (art. 4 Directiva 2011/95/EU) no se encuentran en Europa, sino en el Estado tercero del que se huye. Ahora bien, al mismo tiempo no debe perderse de vista que esas consideraciones procesales reflejan la proximidad entre el menor y el foro, y son por tanto –presumiblemente¹⁰⁶– expresión de su integración social en él; y que la integración “rápida en la nueva sociedad” es el objetivo prioritario de la UE, como indica entre otros documentos la reciente Comunicación de la Comisión de 12 de abril de 2017, “Protección de los menores migrantes”¹⁰⁷. Por otra parte, la rapidez del proceso, que es un razonamiento procesal, es un principio general del sistema de asilo¹⁰⁸, más fácil de satisfacer si el menor con residencia habitual o presente en un Estado miembro no es trasladado a otro. Así las cosas lo que se requerirá será un análisis del caso concreto¹⁰⁹, donde la coincidencia entre el interés superior del menor y la reagrupación familiar puede verse desvirtuada (hasta el caso extremo del menor que huye justamente de su progenitor¹¹⁰); y donde es esencial dar audiencia al menor¹¹¹.

61. Cuando el menor carece de residencia habitual, de forma que la competencia judicial internacional se basa en la presencia conforme al art. 13 Reglamento Bruselas II bis, el argumento de la integración no concurre. Lo hacen en cambio otras consideraciones, como la de urgencia, la vulnerabilidad del menor, y la necesidad de rapidez y estabilidad (aun relativa), que juegan en contra del traslado del menor para la decisión sobre su solicitud de asilo. De nuevo, una ponderación es necesaria a la luz del caso concreto.

¹⁰⁵ Añadiendo un apartado 4 al art. 12 del Reglamento de ejecución precedente, núm. 1560/2003.

¹⁰⁶ *Vid. supra*, nota al pie núm. 76 y texto, la afirmación de que hay residencia habitual pese al transcurso de escasos meses. Con carácter general se puede ser escéptico sobre realidad de la integración del menor en ese corto espacio de tiempo; pero no hay razón para dudar del análisis del juez que llega a esa conclusión en un caso concreto.

¹⁰⁷ COM(2017) 211 final. *Vid.* sobre esta Comunicación recientemente A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Medidas prioritarias de protección de los menores migrantes en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 48, mayo de 2017, pp.

¹⁰⁸ *Vid. supra* bajo II.2 D).

¹⁰⁹ ¿Con qué alcance? Hay dos elementos a valorar que apuntan en sentidos opuestos: por una parte la decisión es solo sobre el Estado responsable, y no el fondo de la cuestión, lo que sustentaría la idea de un análisis limitado – de una forma similar a lo que sucede con los casos de secuestro de menores. Por otra, lo que está en juego es la protección de un sujeto especialmente vulnerable, expuesto a riesgos que van desde la desatención al peligro de caer en una red de tráfico infantil; aparte de que cuál sea el Estado responsable no es indiferente de cara a la decisión final).

¹¹⁰ *Vid.* M. BOSSI, L. DEMIRDACHE, “When Children Seek Asylum from Their Parents : A Canadian Case Study”, en A. ORGOCKA, C. CLARK-KAZAK (eds.), *Independent Child Migration- Insights into Agency, Vulnerability, and Structure. New Directions for Child and Adolescent Development*, 136, pp. 47-64. En la praxis *vid.* la sentencia del Tribunal de La Haya, de 5 de agosto de 2016, AWB 16/15687, AWB 16/5690, a propósito de un menor no acompañado cuyo padre reside en Suecia, y de su voluntad de no ser trasladado allí; la sentencia del Tribunal de La Haya, de 23 de diciembre de 2016, AWB 16/3574, a propósito de la imposibilidad de una reunificación familiar real de la solicitante de asilo en Holanda con su hermana residente en Suiza, habida cuenta de la ausencia de relación entre las hermanas; o la sentencia provisional del mismo Tribunal, de 9 de junio de 2016, sobre la inconveniencia de trasladar a un menor no acompañado, colocado bajo la tutela de una entidad pública pese a la existencia de parientes, al mismo Estado adonde serán trasladados también estos, a la luz de la difícil relación entre ellos. Todas las decisiones pueden consultarse en <http://www.asylumlawdatabase.eu>.

¹¹¹ En el Reglamento de Dublín III el punto de vista del menor es un factor a tener en cuenta a la hora de determinar el interés superior del niño, en función de su edad y madurez: Cdo. núm. 13, art. 6. No hay previsiones específicas sobre audiencia del menor; corresponde a los Estados decidir la ocasión y la forma en que el menor expresará su opinión en el seno de los distintos procedimientos.

B) Cooperación

62. En caso de que la consolidación de las condiciones de Estado responsable y Estado competente no sea posible deberá intentarse la cooperación y coordinación entre los Estados involucrados, de manera que o bien las medidas adoptadas en el Estado de residencia o presencia del menor se mantengan en el Estado miembro al que sea trasladado, o bien sean reemplazadas allí por las que resulten pertinentes, de manera que el menor no quede sin protección en ningún supuesto ni momento.

63. Cualquiera de los dos sistemas en juego (tanto el resultante del Reglamento de Dublín como el que nace del Reglamento Bruselas II bis) contemplan la cooperación entre autoridades. La misma se encuentra de hecho en la base del Reglamento de Dublín III: se dedica a ella, de entrada, el capítulo VII, donde se establece la obligación de cooperación administrativa en forma de intercambio de la información pertinente para determinar el Estado responsable, y se prevé la conclusión de acuerdos administrativos para facilitar la práctica el Reglamento y su aplicación efectiva. Aparte de ello el art. 6.3 prevé la cooperación para determinar el interés superior del menor: no obstante, como acabamos de ver, conforme al Reglamento de ejecución se trata de una interacción limitada entre los Estados, que intercambiarán información relativa a la presencia de familiares o parientes del menor. Por ello es algo más interesante el art. 31, ya que aunque aún se enuncia en clave de intercambio de información, indica que en un plazo razonable previo a cualquier traslado se comunicarán los datos de la persona que resulten útiles para garantizar la continuidad de la protección y los derechos reconocidos en el presente Reglamento y en otros instrumentos jurídicos pertinentes en materia de asilo.

64. Las obligaciones de cooperación del Reglamento de Dublín III se reducen, pues, a proporcionar y recibir información. Lo que conocemos de la praxis de la cooperación en materia de menores, en particular en lo que se refiere a determinar su interés superior, permite dudar además de su efectividad¹¹². La falta de correspondencia de la previsión legal y la práctica se explica de entrada por la ausencia un procedimiento específico formal para determinar el interés superior del menor en cada Estado miembro¹¹³, así como deficiencias en la información sobre la cual forjar la convicción acerca del interés superior del menor: “Indeed the asylum process fails to even seek the relevant information on which a best interests decisión could be based”¹¹⁴. Tampoco está claro el rol de cada uno de los Estados miembros implicados en la evaluación: algo que resulta, como mínimo, en retrasos que operan en contra del interés del menor. Se añade que “There is no real co-operation in relation to best-interests assessments and best-interests determinations. If national authorities complete a best-interests assessment, they do not necessarily have information from countries where the child has stayed previously. All the information collected by national authorities is lost”¹¹⁵.

65. La situación puede mejorar en el futuro si prospera la propuesta de la Comisión para la reforma del Reglamento de Dublín III, que incluye un nuevo Cdo. núm. 20 y un nuevo art. 8.4., y explica que “La disposición relativa a las garantías para los menores no acompañados se adapta para que la determinación del interés superior del menor sea más operativa. Así, antes de trasladar a un menor a otro Estado miembro, el Estado miembro que efectúe el traslado se asegurará de que el Estado miembro receptor adopte sin demora las medidas necesarias con arreglo a las Directivas sobre procedimientos de asilo y condiciones

¹¹² Vid. el documento “Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU de la House of Lords, European Union Committee”, Published by the Authority of the House of Lords, HL Paper 34, 2016, que recoge testimonios de la falta de cooperación y coordinación en la práctica.

¹¹³ Vid. M. SEDMAK, T. ŽAKELJ, Z. MEDARIĆ, B. LENARČIČ, *In Whose Best Interest? Exploring Unaccompanied Minors' Rights Through the Lens of Migration and Asylum Processes (MinAs)*, Informe comparativo relativo a Austria, Francia, Eslovenia y RU, 2015, pp. 42-43, en http://www.minasproject.eu/files/2014/10/A7_Comparative-qualitative-report.pdf. Con carácter general: “Although EU law requires their best interests to be taken into account, it does not prescribe a single process for doing so, and there are not yet widespread tools and means to ensure current procedures take account of relevant information”

¹¹⁴ MinAs – Written Evidence (UME0011), incorporada al documento “Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU de la House of Lords, European Union Committee”, para. 109.

¹¹⁵ International Organization for Migration (IOM) – Written Evidence (UME0033), incorporada al documento “Children in crisis: unaccompanied migrant children in the EU de la House of Lords, European Union Committee”, para. 104.

de acogida (...)¹¹⁶. La regla presenta similitudes con el actual art. 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. Este precepto, junto con el art. 56 en materia de acogimientos transfronterizos, podrían en principio ser tomados como referentes, o incluso ser directamente utilizados (el segundo más que el primero, dada la ubicación de este en el ámbito de la sustracción de menores), para facilitar la situación de los menores solicitantes de asilo que van a ser trasladados. Deben recordarse no obstante los obstáculos que pesan sobre la aplicación en la práctica de cualquiera de los dos preceptos, que han quedado reflejados en estudios recientes: dudas sobre el reparto de tareas entre las autoridades implicadas, dificultades de comunicación típicas en los contextos transfronterizos, y, en el marco del art. 56, la necesidad de exequatur¹¹⁷.

66. Procede traer aquí finalmente, como idea para el futuro, la ya mencionada Comunicación de la Comisión “Protección de los menores migrantes”¹¹⁸, en la que señala que “cuando los menores sean objeto de transferencias transfronterizas dentro de la Unión Europea, ya sea en aplicación del Reglamento de Dublín o de otras normas, la colaboración estrecha entre las autoridades responsables del bienestar del menor en cada Estado miembro es esencial”, y que “Los Estados miembros deben hacer un uso pleno de todos los canales de cooperación, por ejemplo a través de las autoridades centrales previstas en el Reglamento Bruselas II bis”. La afirmación se realiza en un contexto preciso: se está pensando en garantizar en la cooperación con el fin de localizar a las familias de manera pronta y eficaz, dentro o fuera de la UE. Sin embargo, no hay en principio razones (jurídicas) para limitarla a ello: la propia Comisión alude a un “aprovechamiento pleno de los canales de cooperación transfronterizos existentes”.

IV. Conclusiones

67. Desde hace tiempo la UE viene expresando su preocupación y compromiso formal con la calidad de la legislación¹¹⁹. La realidad pone en tela de juicio esas buenas intenciones. El supuesto aquí examinado, relativo a la protección de los menores no acompañados solicitantes de protección internacional, es un ejemplo. Dos instrumentos jurídicos sirven a determinar el Estado miembro a cargo de la protección: en el marco de la responsabilidad parental, en términos de competencia judicial internacional, el Reglamento Bruselas II bis; en el contexto de los procedimientos de asilo, en términos de Estado responsable, el Reglamento de Dublín III. Las medidas son las mismas; los criterios atributivos de competencia/responsabilidad, en cambio, no. En principio ello podría explicarse en el hecho de que cada uno de los instrumentos responde en primera instancia a la lógica inmediata del contexto en que se inscribe: procesal, en el Reglamento Bruselas II bis; y de gestión de la migración, en el Reglamento de Dublín III. Sin embargo, sobre tal lógica impera en ambos textos la del interés superior del menor. Ahora bien, la misma no ha servido para evitar *ex ante* la falta de convergencia; y no es sencillo que valga para corregirla *ex post*. Es patente la falta de coordinación legislativa¹²⁰.

68. A día de hoy tanto el Reglamento de Dublín III como el Reglamento de Bruselas II bis se encuentran en proceso de reforma. Cabe anticipar que habrá cambios menores y otros de entidad en ambos: pero en ningún documento de trabajo o interino figura que se tengan recíprocamente en cuenta. En consecuencia, es altamente probable que las dificultades descritas –o similares– pervivan.

¹¹⁶ COM(2016) 270 final, p. 19, no modificados por el Informe del Parlamento de 24 de febrero de 2017 en ese punto.

¹¹⁷ Vid. sobre el art. 11.4 M. REQUEJO ISIDRO, “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los Estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)”, *Anuario de los cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Volumen XVI, Aranzadi, en prensa, así como el *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment*, Deloitte y Coffey, mayo 2015. Sobre el art. 56, el estudio para el Parlamento Europeo *Cross-border placement of children in the European Union*, PE 556.945, de mayo de 2016.

¹¹⁸ Vid. nota al pie núm. 106.

¹¹⁹ Vid. el Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor” entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 16 de diciembre de 2003, DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003, sustituido por el Acuerdo Interinstitucional sobre la mejora de la legislación entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, DOUE L 123, de 12 de mayo de 2016.

¹²⁰ Que debería llevar en primer lugar a definir en qué consiste (en general) el interés del menor no acompañado que solicita protección internacional, y luego a traducirlo en criterios de competencia judicial internacional y de determinación de la cualidad de Estado responsable coherentes entre sí.