

**Pre-Print Series in EU LAW**  
**1/25**

**DERECHO DE LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

**ISAAC DE LA VILLA BRIONGOS**





**Cofinanciado por  
la Unión Europea**

Funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author only and do not necessarily reflect those of the European Union. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

# **DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR SEGÚN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Isaac De La Villa Briongos

Profesor ayudante doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Castilla- La Mancha

## **DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

**ISAAC DE LA VILLA BRIONGOS**

Estudio realizado en el marco de la Cátedra Jean Monnet Integration through EU Fundamental Rights, financiada por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen al autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea, ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos.



## **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la interpretación del contenido del derecho a la reagrupación familiar, especialmente vinculado al ejercicio del mismo por parte de menores extranjeros no acompañados que ostentan la condición de refugiados en la Unión Europea desde la perspectiva de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha emitido sentencias que clarifican y amplían el contenido de este derecho, destacando el interés superior del menor como principio rector, al poner especial énfasis en vulnerabilidad de estos menores y la necesidad de adecuar al caso concreto el ejercicio de este derecho y una interpretación flexible y adaptativa de la normativa a fin de garantizar el derecho a la reagrupación y, con él, el derecho a la vida familiar.

## **ABSTRACT**

This paper analyzes the interpretation of the content of the right to family reunification, especially linked to the exercise of it by unaccompanied foreign minors who hold refugee status in the European Union, from the perspective of the most recent jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) that has issued judgments that clarify and expand the content of this right. highlighting the best interests of the child as a guiding principle, by placing special emphasis on the vulnerability of these children and the need to adapt the exercise of this right to the specific case and a flexible and adaptive interpretation of the regulations in order to guarantee the right to reunification and, with it, the right to family life.

## **PALABRAS CLAVE**

Reagrupación Familiar; Menores extranjeros no acompañados; Refugiados; Interés superior del menor; Derecho a la vida familiar.

## **KEYWORDS**

Family Reunification; Unaccompanied foreign minors; Refugees; Best Interests of the Child; Right to family life.

## **SUMARIO**

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	6
<b>2. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL</b> .....	8
<b>3. JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE REAGRUPACIÓN DE MENA</b> .....	13
3.1. El momento de referencia en relación con la edad del MENA y la solicitud de reagrupación .....	13
3.2. El derecho a la reagrupación familiar de familiares de segundo grado, en concreto, hermanos.....	15
3.3. Los matrimonios forzados, menas y reagrupación familiar .....	21
<b>3. CONCLUSIONES</b> .....	26

## **INTRODUCCIÓN**

La problemática relacionada con la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENA) en la Unión Europea, ha sido analizada desde diferentes puntos de vista, sin embargo, resulta especialmente relevante, por la naturaleza de su situación de vulnerabilidad<sup>1</sup>, el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar por parte de estos MENA cuando se encuentran protegidos bajo la figura del refugio. Debemos destacar que no todos los MENA son refugiados, ni todos los refugiados son MENA.

La actuación de las autoridades de los Estados Miembros (en adelante EE.MM) no siempre ha resultado certera en cuanto a cómo gestionar este asunto pues la doble realidad

de estas personas, en cuanto a menores y también en cuanto a extranjeros, ha provocado una actuación muy dispar que ha provocado que estos menores puedan encontrarse en diferentes situaciones administrativas<sup>2</sup>. Conforme indica la doctrina, esta falta de unidad en la actuación y regulación de la situación jurídica de los MENA deriva de la falta de un marco normativo armonizado que regule, desde todos los puntos de vista y en conjunto, la situación de los menores no acompañados en territorio comunitario; un marco regulador facilitaría, en primer lugar, la aplicación de la normativa, dejando clara la prelación de fuentes y, por otro lado, resultaría fundamental que dicho marco jurídico fuera planteado bajo el prisma del interés superior del menor que ha de configurarse como su pilar fundamental y, por supuesto, el principio de no devolución<sup>3</sup>, para los casos en que quepa la posibilidad de otorgar protección internacional a estos menores<sup>4</sup>.

Por lo que respecta a nuestro estudio nos interesarán los casos de menores de edad a los que no acompaña un adulto que se responsabilice de los mismos y que han obtenido protección bajo la figura del refugio en alguno de los países de la Unión Europea en ellos también se da esta dualidad, la de extranjero y la de menor, pero su estatus legal queda perfectamente definido mediante la normativa que rige la figura del Refugio. Desde este estatus, la Directiva 2003/86/CE<sup>5</sup> les permite ejercitar el derecho a la reagrupación familiar a través de un régimen específico como veremos enseguida.

La vulnerabilidad de los refugiados (especialmente de los MENA refugiados) aconseja una actuación positiva por parte de los EE.MM. que les permita también recuperar, al menos en parte, lo que un día fue su vida, en una nueva localización, ya que su capacidad para ejercer su vida normal en su país de origen se vio truncada por las condiciones extraordinarias que en él acontecían. El objetivo de estas líneas es analizar cómo entendemos que debería ser interpretado el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los MENA refugiados en Europa por parte de los EE.MM. en tanto que el mismo se configura como un instrumento que permite materializar, hacer efectivo y evitar la vulneración del derecho a la vida familiar, reconocido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>6</sup> (en adelante, CEDH) y por el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>7</sup> (en adelante, CDFUE) y de manera que también se garantice el interés superior del menor y se reconozca a la familia como núcleo básico y motor del desarrollo de su nueva vida en el Estado de acogida, para ello, analizaremos diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

(en adelante TJUE) que ayudan a interpretar y llenar de contenido este derecho a la reagrupación familiar.

Por tanto, debemos tener en cuenta tres conceptos íntimamente relacionados entre sí, a saber: el derecho fundamental a la vida familiar, el derecho a la reagrupación familiar, como elemento vertebrador del anterior, y el interés superior del menor, un concepto no siempre fácil de delimitar pero que dirige, de manera incuestionable, la jurisprudencia que va a ser analizada.

## I. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL

Tal y como acabamos de referir, el derecho a la vida familiar es realmente una construcción del Derecho Europeo, no sólo en su vertiente comunitaria, sino que queda materializado en el art. 8 del CEDH, el derecho comunitario recoge el testigo del CEDH al incorporar el mismo derecho en el art. 7 de la CDFUE. A pesar de ello, debe destacarse que algunos países del ámbito europeo aún no reconocen expresamente el mismo en sus ordenamientos<sup>8</sup>. Este derecho a vivir en familia<sup>9</sup>, del que son titulares los extranjeros residentes en un Estado Miembro, implica no sólo una faceta negativa consistente en la abstención, por parte de ese Estado, de influir en el desarrollo de esta vida familiar poniendo cualquier traba a la misma, sino que se traduce también en una obligación positiva para los mismos de llevar a cabo políticas que garanticen esa realidad de vida familiar y, en concreto, de permitir que los titulares del derecho puedan traer consigo a sus familiares residentes en su país de origen, o en terceros Estados, mediante el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar<sup>10</sup>. La fuerza de estos derechos sustentados en normas convencionales es tal que puede llegar a sobrepasar la soberanía del Estado al permitir la entrada en los países de personas sin que esta posibilidad haya sido, *a priori*, contemplada por la regulación positiva de extranjería nacional<sup>11</sup>.

Debemos, por tanto, tener en cuenta que la pluralidad de normas existentes dentro del régimen de extranjería aconseja que, antes de comenzar a hablar sobre los conceptos relacionados con la reagrupación familiar, centremos cuál será la norma que deba regir los supuestos objeto de nuestro estudio. Debemos tener en cuenta cuándo resulta de aplicación la Directiva 2003/86/CE, para lo cual acudiremos al art. 3 de la misma cuyo primer apartado recoge el ámbito de aplicación personal, mientras que su apartado segundo será el encargado de especificar las excepciones al anterior.



El art. 3 de la Directiva se expresa del siguiente modo: *“La presente Directiva se aplicará cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico”*, por tanto los sujetos que pueden ejercitar el derecho a la reagrupación familiar son los extranjeros -que son aquellos que tienen un permiso de residencia, pues los nacionales no requieren del mismo para permanecer en España-. Vemos que, dado que el requisito es plenamente formal (ser titular de un permiso de residencia) no debe hacerse distinción, en la aplicación de la norma, entre aquellos extranjeros que ostentan la residencia bajo el título de refugiado y aquellos que no.

Sin embargo, el apartado 2 sí nos permite matizar la afirmación anterior ya que el mismo supone que la norma será inaplicable en los casos en que el reagrupante haya iniciado una solicitud de asilo y siempre que la misma solicitud aún no haya sido objeto de resolución definitiva; tampoco se aplicará en los supuestos en que el reagrupante haya sido autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o haya solicitado la autorización de residencia de manera temporal y esta se encuentre aún a la espera de su resolución, lo cual se configura en línea con el objetivo de la propia Directiva, puesto que la residencia temporal en un país (en función de su duración) puede encontrarse reñida con la viabilidad de la vida familiar en ese territorio.

Si bien, en su apartado 5, el artículo que venimos analizando señala la posibilidad de que los Estados recojan, en sus ordenamientos nacionales, condiciones más favorables<sup>12</sup>. Finalmente, tampoco se aplicará cuando el reagrupante está autorizado a residir en un Estado miembro bajo condiciones de protección subsidiaria o haya solicitado esta protección subsidiaria y su solicitud todavía no haya sido resuelta. En su apartado tercero, la Directiva también recoge que no se aplicará a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión. La reagrupación ejercitada en este último caso quedará regulada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, transpuesta a nuestro ordenamiento mediante el RD 240/2007<sup>13</sup>.

En conclusión, debemos entender que la Directiva 2003/86/CE se aplicará en aquellos supuestos en los que el reagrupante sea un extranjero, residente legal o refugiado con autorización permanente de residencia en cualquiera de los Estados Miembros, dentro de este último grupo se encontrarían aquellos refugiados menores de edad no acompañados objeto de nuestro estudio<sup>14</sup>.

Los refugiados cuentan en la Directiva con un régimen especial más laxo y flexible, que en el caso de los extranjeros que no se encuentran bajo el amparo de esta figura internacional<sup>15</sup>. Como señala la doctrina, la necesidad de este trato diferenciado se basa en la especial vulnerabilidad de estas personas principalmente cuando las mismas aún no han alcanzado la mayoría de edad, todos los argumentos a favor de la existencia de un régimen especial, en materia de reagrupación, para los refugiados se intensifican más aún en el caso de los menores<sup>16</sup>.

Pero ¿qué es un menor no acompañado? Para facilitar su aplicación, la Directiva 2003/86 nos ofrece una definición legal de este concepto (art. 2, apartado f), de esta manera, deberemos entender como MENA “*al nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros*”, la Directiva incluye referencias a los menores no acompañados en el capítulo V, debe destacarse que, en el caso de España, son pocos los que solicitan el estatus de refugiado<sup>17</sup>.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, tal y como viene señalando a doctrina, que no se considerarán MENAS a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ni tampoco los menores extranjeros que se encuentran en España por razones de estudio, dentro de programas con fines de escolarización, tratamiento médico o de vacaciones<sup>18</sup>. La doctrina también ha contribuido a perfilar este concepto al indicar que la falta de acompañamiento del adulto responsable se refiere siempre a aquel que ostenta la representación legal del menor, conforme a la ley del Estado miembro, donde el menor se halle presente, no de su ley personal. Así mismo, también se considera menor no acompañado al menor casado, cuyo cónyuge no

está presente legalmente en el territorio de los EE.MM.<sup>19</sup>. Nuestro estudio quedará centrado, especialmente, en los casos cuya problemática ha implicado un pronunciamiento del TJUE, principalmente porque la vulneración del derecho a la reagrupación familiar es especialmente sangrante en estos supuestos por a la precaria situación de estos menores en el país de acogida y la importancia de la familia como elemento integrador<sup>20</sup>.

Como ya hemos puesto de manifiesto, no todos los MENA llegan a adquirir la condición de refugiado. Debemos referir, siquiera brevemente, que el principio general en los supuestos de menores no acompañados (que aún no son refugiados o que no lo han solicitado) es el retorno o reagrupación con sus padres en el país de origen. Estos MENA serán sometidos a la Directiva 2008/115/CE<sup>21</sup> y, en el caso de España, a la Ley Orgánica de Extranjería (art 35)<sup>2223</sup>. No obstante lo anterior, para determinar si es posible o no la repatriación del MENA las autoridades deberán llevar a cabo una labor de ponderación basada en el interés superior del mismo, lo que implica que, salvo que haya una evidente motivación que impida el ejercicio del derecho a la vida familiar en el país de origen que aconseje que los padres sean atraídos a Europa, lo que procederá será que el MENA sea repatriado a su país junto con su familia (o bajo la autoridad y custodia de su Estado de origen), pues se entiende que es la opción que mejor protege el interés del menor<sup>24</sup>. También se ha puesto de manifiesto la necesidad de que los EE.MM. colaboren para buscar a los familiares que estos MENA pudieran tener en territorio comunitario<sup>25</sup>, y la necesidad de que protejan correctamente a estos MENA cuando el retorno no sea posible<sup>26</sup>.

Hay que destacar que los MENA son reticentes a ejercitar el derecho a la reagrupación puesto que dicho ejercicio puede suponer, en realidad, el inicio de un proceso de repatriación.

No obstante, en los casos que analizaremos a continuación, los menores disfrutaban un estatus de refugiado, lo que significa que debemos asumir como premisa principal que no pueden regresar a su país de ningún modo, puesto que su vida corre peligro y el principio de no retorno debe ser respetado por los EE.MM<sup>27</sup>.

En consecuencia, el interés superior del menor como axioma interpretativo del derecho a la vida familiar implica que dicha vida deba desarrollarse en el país de refugio y no en el de origen. Tal y como señala la doctrina, no hay posibilidad, en estos casos, de que los

beneficiarios de refugio (incluso de protección subsidiaria o los que gozan de una simple autorización de residencia por motivos humanitarios, sin haber accedido a la figura del refugio) ejerciten y protejan sus derechos fundamentales en el país de origen y, especialmente, aquellos vinculados al desarrollo de la vida personal y familiar, si estos son menores, entonces es evidente que la interpretación de la norma siempre debe favorecer la reagrupación y la interpretación amplia del concepto de familia, como veremos más adelante<sup>28</sup>.

El del interés superior del menor es uno de esos conceptos jurídicos a los que se les aplica el calificativo de indeterminados ya que su contenido se ve, con frecuencia, ampliado por la jurisprudencia de los más altos tribunales (v.gr. el TJUE o el TEDH<sup>29</sup>), que debe ser analizado de una manera minuciosa, y con atención a las circunstancias particulares del caso concreto, para poder determinar la magnitud de su impacto<sup>30</sup>. El interés superior del menor queda consagrado como elemento fundamental de decisión en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN<sup>31</sup>), cuyo art. 9 expresa que debe ser tomado como referencia a la hora de determinar la posible separación de un niño con sus padres. Por otro lado, nuestra Ley de Protección Jurídica del Menor<sup>32</sup> también hace alusión al mismo, en su art. 2, al referir que *“todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”*, a pesar de que, en el apartado segundo de este mismo precepto, sí nos otorga algunos criterios de guía, lo cierto que ninguna de las normas citadas otorgan una definición de qué es el interés superior del menor.

La doctrina sí ha intentado, por su parte, llenar de contenido este concepto con el objetivo de clarificar en qué consiste, de este modo, considera que el mismo pasa por tres fases, a saber: sustantiva, interpretativa y procesal<sup>33</sup>, estas fases derivan de lo contenido en la *Observación general n° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*<sup>34</sup>.

Sustantiva por cuanto genera un derecho en los menores a que la actuación de las autoridades se guíe por el mejor interés de este, lo que incluye el derecho a ser escuchado. Interpretativa, por cuanto cualquier norma debe ser interpretada teniendo en cuenta lo anterior de manera que siempre se aplique en la forma en que resulte más beneficiosa al interés superior. Y procesal, de tal manera que *“el proceso de adopción de decisiones*

*deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados*<sup>35</sup>. La doctrina recoge que este principio debe ser quien dirija la toma de decisiones que afectan al menor, pero, por desgracia, no es un concepto que haya recibido un trato unitario en Europa, de manera que cada Estado lo llena de contenido en base a sus propias necesidades e intereses y sólo queda armonizado por la jurisprudencia de, entre otros, el TEDH y los instrumentos convencionales que a él se refieren de manera internacional<sup>36</sup>. El interés superior del menor garantiza que, en esa doble realidad que ostentan estas personas, menores y extranjeros, prime aquella sobre ésta.

Para finalizar, debemos referir que el derecho a la reagrupación familiar se configura como un derecho-instrumento que coadyuva a los poderes públicos a hacer efectivo el derecho a la vida familiar en su vertiente positiva, es decir, facilita que los Estados puedan gestionar los mecanismos que permiten reagrupar a las familias en sus territorios, garantizando así el derecho a la vida familiar. Por ello, la doctrina lo ha venido denominado como un derecho instrumental<sup>37</sup>.

## II. JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE REAGRUPACIÓN DE MENA

### 1. *El momento de referencia en relación con la edad del MENA y la solicitud de reagrupación*

Uno de los aspectos más relevantes sobre los que el TJUE se ha pronunciado versa sobre la fijación del momento que debe ser tomado como referencia para determinar la concurrencia de la minoría de edad, o no, a los efectos de concluir si la persona puede ser incluida dentro de la definición de MENA que recoge el art. 2. f) de la Directiva 2003/86/CE y, en consecuencia, ejercitar los derechos que la normativa le confiere, en su caso, como refugiado.

En el asunto C-550/16: A., S.<sup>38</sup>, una menor que llega a Holanda, solicita y le es concedido el refugio, posteriormente, presenta solicitud de autorización de residencia para sus padres (A y S) y sus hermanos menores. El gobierno holandés deniega la solicitud puesto que, en el momento de cursarla, la refugiada ya no era menor de edad. Se plantea, por tanto, una disputa entre la posición de las autoridades holandesas, las cuales consideraban que el momento en el que se presenta la solicitud de reagrupación es aquel que debe ser

considerado a los efectos de determinar la edad del reagrupante, y la de los recurrentes, que entendían que el momento que debe ser tomado como referencia es el de entrada en el país de refugio y, en consecuencia, la edad que se tenía en dicho periodo. Y esta pregunta es la que sustenta la cuestión prejudicial que el tribunal nacional presenta ante el TJUE: ¿ En el marco de la reagrupación familiar de refugiados, ¿debe entenderse por menor no acompañado en el sentido del artículo 2, [...] letra f), de la Directiva 2003/86 también el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de un Estado miembro sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, y que: solicite asilo; alcance la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento de asilo en el territorio del Estado miembro; obtenga asilo con efectos retroactivos a partir de la fecha de la solicitud, y a continuación solicite la reagrupación familiar?

El TJUE resuelve, con el objetivo de coadyuvar a conseguir los objetivos de la Directiva de reagrupación familiar y garantizar el derecho a reagrupación familiar como instrumento del derecho fundamental a la vida familiar, así como de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica, y entiende que no es posible que la determinación del momento de referencia para valorar la edad y, con ello, la capacidad para ejercer la reagrupación de ciertos familiares, quede a expensas de la rapidez o lentitud en la tramitación de la solicitud de refugio de cada uno de los EE.MM. En consecuencia, entiende que, efectivamente, el momento de referencia a tener en cuenta es el defendido por A. y S. y debe retrotraerse a la fecha en la que el MENA llegó al país que le concede el refugio. Otra interpretación supondría que los MENA refugiados de la misma edad y que hayan presentado en el mismo momento una solicitud de protección internacional podrían ser tratados de distinta manera dependiendo de cuánto durase la tramitación de esas solicitudes lo que supondría la imprevisibilidad de conocer, por parte del menor, si podrá ejercitar, en unas condiciones u otras, el derecho a la reagrupación familiar, por causas completamente ajenas a su voluntad, lo que puede suponer un importante perjuicio para la seguridad jurídica. El establecimiento de este punto de referencia como mecanismo para fijar la edad del reagrupante permite asegurar el principio de igualdad y dotar de un trato similar y previsible a todos los solicitantes que se encuentren en la misma situación y, sobre todo, hará depender el ejercicio del derecho de la voluntad del solicitante y no de aspectos ajenos a la misma.

Junto a lo anterior, el TJUE sí establece un “requisito de control” que evite una capacidad de ejercer este derecho *sine die* ya que, si el momento de referencia es aquel en que se insta la solicitud de refugio, y debe considerarse que quien era menor en el momento de solicitar el refugio lo es también, una vez alcanzada la mayoría de edad durante la tramitación del mismo, para llevar a cabo las solicitudes de reagrupación, podrían darse situaciones en las que se busque el fraude de ley, con la finalidad de evitar esto, el TJUE habla del establecimiento de un “plazo razonable” para ejercitar este derecho a la reagrupación familiar, presentando la solicitud tras recibir autorización de residencia como refugiado, este plazo será de tres meses a partir del día en el que se reconoció al menor interesado la condición de refugiado<sup>39</sup>. La doctrina ha afirmado el carácter orientativo dicho plazo, pudiendo ser interpretado de una manera flexible si se dan las condiciones necesarias para ello y siempre en pro de garantizar el derecho a la reagrupación. En esta misma dirección apunta el TJUE en el asunto C-560/20, que veremos enseguida<sup>40</sup>.

## 2. *El derecho a la reagrupación familiar de familiares de segundo grado, en concreto, hermanos*

Traemos, en este epígrafe, dos sentencias que, por su relación hermenéutica, resultan relevantes para la interpretación (extensiva) del derecho a la reagrupación familiar.

En la primera de ellas, Asunto C-519/18: *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*<sup>41</sup>, la hermana de T.B., una refugiada iraní en Hungría, presentó ante la embajada húngara en Teherán una solicitud de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar con su hermana en Hungría. Las autoridades húngaras denegaron esta solicitud por varios motivos, entre ellos, que la solicitante habría basado la misma en datos falsos con el objetivo de facilitar la obtención de dicho permiso y, por otro lado, porque, a pesar de haber argumentado importantes problemas de salud, no había sido capaz de justificar su incapacidad de proveer sus propias necesidades a consecuencia de ello, siendo este uno de los requisitos que imponía la normativa húngara para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar protegido por la Directiva 2003/86/CE. Ante esta negativa, T.B. interpuso un recurso contra esta decisión ante el *Fővárosi Közigazgatási és Munkaiügyi Bíróság* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de la Capital) bajo el argumento de que la normativa húngara no era conforme con los arts. 10.1 y 10.2 de la

Directiva, el tribunal nacional plantea ante el TJUE una cuestión prejudicial en la que se preguntaba si los Estados miembros pueden utilizar la «disposición condicional» del 10, apartado 2, de una manera más restrictiva que la prevista en la Directiva y que permita la reagrupación de un miembro «a cargo» de la familia solo en aquellos casos en los que la dependencia esté relacionada con el estado de salud.

El TJUE basa su argumentación en el margen de apreciación que la Directiva, en su art. 1, permite a los EE.MM. en cuanto a su interpretación y aplicación, siempre con el límite de que dicha apreciación no suponga perjudicar los objetivos de la Directiva y dificultar su aplicación. En consecuencia, entiende que es posible someter el ejercicio del derecho a la reagrupación de un hermano a la condición de que el mismo no sea capaz de proveer sus propias necesidades, pero debe llevarse a cabo un estudio individualizado de cada supuesto en el que se tengan en cuenta los diferentes factores relevantes para el caso, por ejemplo, y en lo que a nosotros concierne, el interés superior del menor (reagrupante o reagrupado).

Por otro lado, el TJUE también exige que sea el refugiado quien garantice efectivamente el sustento material de la persona de que se trate o que el refugiado parezca ser el miembro de la familia con más capacidad para garantizar el sustento material requerido, de nuevo, la evaluación de esta capacidad de “hacerse cargo” debe ser realizada de manera individual y teniendo en cuenta todos los factores pertinentes. De hecho, en la STJUE en el asunto C-560/20, que referiremos a continuación, el propio TJUE sostiene que supeditar la concesión de la autorización por reagrupación familiar a una serie de condiciones debe ser objeto de un detenido análisis, pues dichas condiciones exigidas pueden suponer, en realidad, privar *de facto* de su derecho, al reagrupante, más aún en los casos en que dicho reagrupante ostenta también la condición de MENA.

Esta resolución queda conectada con el caso planteado al TJUE en el Asunto C-560/20, *Landeshauptmann von Wien*<sup>42</sup>, en este caso RI, nacido el 1 de septiembre de 1999, llegó a Austria el 31 de diciembre de 2015 en condición de MENA y presentó, el 8 de enero de 2016, una solicitud de protección internacional en base a la normativa austriaca. La Oficina Federal de Extranjería y Asilo de Austria le concedió a RI, en 2017, el estatuto de refugiado. Dicha resolución adquirió firmeza el 2 de febrero de 2017.

El 6 de abril de 2017 (3 meses y un día después del reconocimiento del refugio), los padres (CR y GF) y la hermana (TY, que era mayor de edad) de RI presentaron ante la



Embajada de la República de Austria en Siria sendas solicitudes de entrada y de residencia en Austria con fines de reagrupación familiar con RI.

RI aún era menor de edad en la fecha en la que se presentaron estas solicitudes. No obstante, la embajada las denegó, mediante resolución notificada el 29 de mayo de 2018, alegando que RI había alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento de reagrupación familiar. Esta resolución no fue recurrida y adquirió firmeza el 26 de junio de 2018.

El 11 de julio de 2018, CR, GF y TY presentaron ante el presidente del Gobierno del estado federado de Viena sendas solicitudes de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar con RI. A tal efecto, CR y GF invocaron los derechos que confiere la Directiva 2003/86, mientras que TY basó su solicitud en el artículo 8 del CEDH. Mediante resoluciones de 20 de abril de 2020, el presidente del Gobierno del estado federado de Viena denegó las solicitudes alegando que no se habían presentado en los tres meses siguientes a la concesión del estatuto de refugiado a RI.

CR, GF y TY recurrieron las mencionadas resoluciones ante el Tribunal. Debe destacarse que este caso cuenta con la particularidad de que la hermana sufría una parálisis cerebral y necesita de forma permanente una silla de ruedas y cuidados personales cotidianos, incluida asistencia para alimentarse. Dichos cuidados le son dispensados principalmente por su madre, CR, ya que TY no puede recurrir a ninguna red social de ayudas en su lugar de residencia actual para recibir dichos cuidados. En estas circunstancias, los progenitores de TY no pueden dejarla sola en Siria, donde no reside ningún otro miembro de la familia. Las cuestiones prejudiciales que se plantean (que no detallamos por excesivas) orbitan en torno a las siguientes ideas:

¿Es posible que los padres del menor puedan invocar el derecho a la reagrupación familiar (ex art. 10<sup>3</sup>.a) de la Directiva) aunque haya pasado el plazo de tres meses desde que se reconoció al menor la situación de refugiado y habiendo llegado a la mayoría de edad durante la tramitación de la solicitud de reagrupación familiar? En segundo lugar, ¿es posible reagrupar a la hermana, aunque no se encuentre dentro del grupo de familiares reagrupables con base en lo dispuesto en la Directiva?

Al primero de los problemas planteados el TJUE (Fundamentos Jurídicos 36 y ss.) responde que el plazo de los tres meses no regirá cuando el derecho a la reagrupación familiar se solicita, como es este caso, cuando el reagrupe es menor de edad, no

importando que cumpla los 18 años mientras se resuelve esta solicitud. Este plazo de tres meses, como ya hemos visto, es una manera de garantizar que aquellos menores no acompañados que adquieren la mayoría de edad durante la resolución de su solicitud de refugio no cuenten con un plazo *sine die* para llevar a cabo las solicitudes de todos los procedimientos conexos a la concesión del refugio, *v.gr.* la solicitud de reagrupación familiar, pero dicho plazo no es aplicable a este asunto, puesto que RI no era todavía mayor de edad cuando se instó la solicitud de reagrupación.

Por lo que respecta a la situación de la hermana, el TJUE (Fundamentos Jurídicos 50 y ss.) considera que el derecho a la reagrupación familiar debe primar sobre otras cuestiones accesorias vinculadas a cada caso concreto, especialmente en el caso de los menores, que deben ser analizadas de manera pormenorizada en cada supuesto, y que, en todo caso, el reconocimiento o no de estas cuestiones accesorias no puede implicar que el MENA refugiado vea imposibilitado su derecho a la reagrupación familiar.

En el caso que nos ocupa, la hermana sufría una enfermedad que requería atención y asistencia constante por parte de sus padres, de tal manera que esta no podía quedar sola en Siria, puesto que no había ninguna otra red de cobertura o apoyo que le asistiese. La reagrupación únicamente de los padres dejaría en una situación de vulnerabilidad a la hermana del menor en su país de origen, por lo tanto, no permitir que la hermana pueda acompañar a los padres y sea amparada también por los mecanismos de la reagrupación familiar, implicaría, *de facto*<sup>43</sup>, imposibilitar el ejercicio de la reagrupación familiar a RI. Por lo tanto, el tribunal considera que la autorización de residencia por razón de reagrupación familiar debe de concederse también a la hermana de RI, a pesar de que la normativa austriaca no contemplara esta posibilidad y sin que esta deba quedar sometida a ninguna condición especial (a diferencia de lo que veíamos en la sentencia *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*).

Varias son las reflexiones que pueden derivarse de la lectura de estas dos sentencias. En primer lugar, la estrechez de miras con la que la Directiva y los ordenamientos de los EE.MM. refieren el concepto de familia. Tal y como ha señalado la doctrina, nos encontramos con un concepto tradicional de familia, centrado además en la familia nuclear o más próxima<sup>44</sup>. Sin embargo, la realidad actual nos manifiesta que los modelos han cambiado y, con ellos, deberían cambiar también los conceptos, siendo el de familia

uno de los más notables y una de las instituciones más antiguas de la humanidad, resulta especialmente relevante replantear el mismo.

Como ya hemos puesto de manifiesto, la situación de un MENA en el Estado que le ofrece refugio no puede implicar la renuncia a vivir en familia, por ello se les hace titulares del derecho a la reagrupación familiar, pero, al limitar los familiares reagrupables a un núcleo muy pequeño, es posible que se esté, en realidad, coartando el propio derecho a la reagrupación. Este caso, contenido en el asunto C-560/20 es un ejemplo perfecto de cómo una interpretación positivista de la norma, ya anticuada, provoca resultados exactamente contrarios al objetivo de la propia regulación. Se hace necesaria anchura de miras a la hora de interpretar la norma, la autonomía interpretativa de los Estados debe estar dirigida a garantizar el derecho a la vida familiar, por encima, en muchos casos, de la propia política de extranjería, puesto que aquel resulta más relevante y un bien jurídico de protección preferente frente a la última, especialmente en el caso de los menores, al no existir una fórmula mágica que nos indique hacia dónde debemos dirigirnos para garantizar el interés superior del menor, sino que el mismo depende de las circunstancias personales de cada uno de esos menores y lo que sirve a unos, pueden ser insuficiente o perjudicial para otros.

No hay que olvidar que gran parte de los MENA refugiados proceden de países que se encuentran inmersos en un conflicto bélico (sea una guerra civil, como es el caso de Siria, o una guerra internacional, como lo es el de Ucrania), estos estallidos provocan una gran mortalidad y es posible que un MENA haya perdido a sus progenitores en el curso del conflicto, viéndose obligado a vivir junto a sus hermanos ¿acaso no sería razonable que, si estos menores llegasen a Europa y, bajo el estatus de refugiado, quisieran reagrupar a sus hermanos aunque fuesen mayores de edad, pudieran hacerlo? ¿no son acaso familia? ¿no han sobrevivido juntos? El TEDH ha afirmado en diversas ocasiones la importancia de esa relación de cercanía/convivencia como relevante a los efectos de determinar la existencia de una familia<sup>45</sup>. El vínculo familiar del que habla el juez Nicolau en su voto particular de la STEDH de 8 de diciembre de 2015 (asunto 60119/12) ¿no está acaso aquí presente? El hecho de limitar esa reagrupación únicamente en base al grado de consanguineidad puede provocar un daño moral importante en el reagrupante, daños que pueden ser de difícil reparación<sup>46</sup>.

Otros casos, señalados por la doctrina, son los de las diversas situaciones en que surgen familias o relaciones análogas a la misma en el seno de los campos de refugiados, donde los extranjeros conviven durante muchos años, estas nuevas formas de familia ¿no deberían ser contempladas por el derecho comunitario? El legislador español sí ha utilizado esta libertad que otorga la Directiva para, entre otras cosas, reconocer el derecho de reagrupación en las parejas de hecho (art. 17.4 LOEx), los cónyuges del mismo sexo (art. 44 CC) así como a los descendientes mayores de edad, en supuestos específicos (art. 17.1.c) LOEx), o a ascendientes especialmente vulnerables (art. 17.1.d) LOEx). Esto demuestra que sí es posible una mayor adaptación a la realidad social actual, si existe voluntad para ello.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el mero nacimiento de un hijo, aunque no sea en el seno de un matrimonio constituye una familia o que las parejas de hecho deben ser consideradas equivalentes al matrimonio, a efectos del derecho a la vida familiar<sup>47</sup>. Por tanto, el TEDH ha interpretado este derecho de manera amplia incluyendo en el mismo diferentes tipos de familias (aunque no estén reconocidas en algunos Estados, como las parejas del mismo sexo o las parejas de hecho), puede afirmarse que existe claramente una corriente a favor de la defensa del derecho a la vida familiar (y, por tanto, a la reagrupación) que lo hace crecer cada día y en base a las nuevas situaciones que se van dando. Además, el derecho a la vida familiar debe interpretarse en consonancia con otros, como el derecho a la igualdad, y con principios fundamentales como el de legalidad<sup>48</sup>.

Consideramos que estas limitaciones obedecen a la necesidad de poner de acuerdo a los EE.MM. en la creación de una Directiva que no resultó fácil de sacar adelante<sup>49</sup> y también a la utilización de un instrumento que, en realidad, está regulando el ejercicio de un derecho fundamental como mecanismo de extranjería, pero esta concepción reduccionista, aunque legítima en su objetivo de armonizar, puede suponer una contradicción con la doctrina del TEDH; no parece sensato que, mientras el contenido del derecho a la vida familiar se amplía, el derecho instrumental que configura la reagrupación familiar actúe como un lastre<sup>50</sup>.

La propia Directiva permite que el núcleo familiar sea ampliado, permitiendo a los estados flexibilidad para determinar qué familiares son elegibles, siempre con respeto al ordenamiento comunitario y a sus normativas nacionales, esta elección suele ser

reduccionista y sin atender a los nuevos modelos de familia<sup>51</sup>. No se trata de reconocer formas de familia que supongan una afrenta a los valores de las sociedades de los Estados de acogida (por ejemplo, el matrimonio poligámico supone un claro desafío al derecho a la igualdad<sup>52</sup>) sino de reconocer legalmente que existen situaciones en las que la familia no está conformada, al modo tradicional, por unos padres y unos hijos, sino que puede resultar de la configuración de los restos de otras familias que se han recompuesto<sup>53</sup>, o puede simplemente ser una convivencia continuada en el tiempo con un hermano, un primo o un tío generando un vínculo sentimental cuya ruptura puede generar graves consecuencias psicológicas<sup>54</sup>. Hay que resaltar el hecho de que el TEDH no ha querido establecer una definición de familia facilitando así una interpretación dinámica del concepto<sup>55</sup>, también la doctrina se ha pronunciado en este sentido<sup>56</sup>.

### 3. *Los matrimonios forzosos, menas y reagrupación familiar*

Para ilustrar este problema, acudimos a la STJUE, en el asunto C- 230/21, X contra *Belgische Staat*<sup>57</sup>, en este caso, una menor (en la sentencia se la denomina “la hija de X”) contrajo matrimonio en Líbano, cuando tenía 15 años de edad, más tarde, la menor viajó hasta Bélgica para reunirse con su marido, sin embargo, dado que la normativa de extranjería belga prohíbe la reagrupación de los cónyuges menores de 21 años (con el objetivo de evitar matrimonios forzosos) las autoridades belgas consideraron a la hija de X como una menor no acompañada, confiriéndole el estatus de refugiada un mes más tarde e indicándole que las autoridades belgas no reconocían el matrimonio celebrado en Líbano, por tratarse de un matrimonio infantil y, por tanto, contrario al orden público belga.

Después de esto, X (la madre de la menor casada ya referida) presentó ante la embajada de Bélgica en el Líbano, una solicitud de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar, para sí misma, y para sus dos hijos menores Y y Z (los hermanos de la menor); solicitud que fue denegada por parte de las autoridades belgas al considerar que, dado que la menor estaba casada, ya había salido de la unidad familiar y, por lo tanto, no era posible reagrupar a la madre y a los hermanos de ésta, por no ser sujetos reagrupables de acuerdo con la Directiva del 2003.

A los argumentos ya esgrimidos, el gobierno belga también añadió que el Reglamento Dublín III<sup>58</sup> exige que el menor no esté casado y que la familia ya existiera en el país de

origen para que el Estado miembro de su residencia sea el responsable de tramitar el expediente de solicitud de protección internacional<sup>59</sup>.

X recurrió la decisión del gobierno belga y argumentó en su recurso que, dado que no se había reconocido el matrimonio de su hija en Bélgica, este no debería tener efectos en ningún sentido. El recurso se sustancia ante el tribunal nacional, que elevó una cuestión prejudicial al TJUE. En la cuestión prejudicial se formulan dos preguntas. De una parte, se pregunta si un refugiado menor de edad no acompañado debe no estar casado para poder ser considerado «menor no acompañado» según el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86 y poder así beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar con su ascendiente - art.10.3.a) de la Directiva-. Adicionalmente se pregunta si, en caso de respuesta afirmativa a lo anterior, ¿puede ser considerado “menor no acompañado”, en el sentido de los artículos 2, letra f), y 10, apartado 3, de la Directiva [2003/86], un refugiado menor de edad cuyo matrimonio contraído en el extranjero no se reconoce por razones de orden público?<sup>60</sup>.

En su Fundamento jurídico 49, el TJUE expone que “procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 10, apartado 3, letra a), de la Directiva 2003/86/CE, en relación con el artículo 2, letra f), debe interpretarse en el sentido de que un refugiado menor no acompañado que reside en un Estado miembro no debe no estar casado para adquirir la condición de reagrupante a efectos de la reagrupación familiar con sus ascendientes en línea directa y en primer grado.

El TJUE reconoce (FJ 43) que existe jurisprudencia anterior donde se recoge que el art. 10.3 a) tiene por finalidad específica garantizar una mayor protección a los menores de edad no acompañados refugiados. El interés superior del menor se constituye aquí como criterio de ponderación determinante, de esta forma, una interpretación restrictiva que excluyera a los menores de edad no acompañados casados los privaría de esa protección a pesar de que el matrimonio no atenúa, sino que posiblemente incrementa la vulnerabilidad del menor<sup>61</sup>.

Quizá el problema radique aquí en que las autoridades no se ocuparon correctamente de la menor una vez que se le concedió el refugio de manera que esta mantuvo su vinculación con su marido, hasta el punto de quedar embarazada del mismo, pero, al no ser reconocido ese matrimonio, la vía de la reagrupación de sus ascendientes y hermanos menores

quedaba abierta<sup>62</sup>. El estado belga intento evitar esto, pero, con ello, provocó una situación claudicante en la menor casada y vulneró su derecho a la vida familiar.

De esta sentencia se desprenden varias cuestiones de interés, en primer lugar, el hecho de invocar el Reglamento Dublín III por parte del gobierno belga no tiene aquí sentido, y ello por dos motivos principales. Primero, porque el caso que nos ocupa se encuentra fuera del ámbito de aplicación del propio Reglamento que sólo regula qué Estado se encarga de la resolución de la solicitud de refugio que realiza un MENA, la menor casada ya era una refugiada cuando se produce la solicitud de visado por parte de X, la madre de la misma, por lo que resulta inaplicable. Segundo, la Directiva no establece, en ningún caso, que, para ejercitar el derecho a la reagrupación, sea necesario que el menor no esté casado, así lo recoge también el TJUE.

Por otro lado, se plantea la cuestión de por qué se argumenta que la menor está casada a fin de denegar la solicitud de reagrupación familiar de su madre cuando ese matrimonio no ha sido reconocido por las autoridades en Bélgica ¿qué sentido tiene darle validez en unos casos, pero no en otros?

Como señala la doctrina, no reconocer el matrimonio de la menor para luego denegar la reagrupación de sus familiares precisamente por causa del matrimonio, amén de una vulneración flagrante del principio de legalidad supone poner a la menor en una situación claudicante<sup>63</sup>. De este modo, el no reconocimiento del matrimonio por parte de las autoridades ya puso en una situación de vulnerabilidad la menor, que debió ser cubierta mediante su protección como refugiada, si además se le deniega el derecho a la reagrupación familiar, esa obligación positiva que tienen los Estados de proteger la vida familiar no se estaría observando, por un lado, al no reconocer el matrimonio, por otro lado, porque no permite ejercer su derecho a la reagrupación, siendo el resultado que la menor se ve sola y privada de su vida familiar en un sentido y en otro. Entendemos que, una vez que el matrimonio no se ha reconocido, no se debe de reconocer a ningún efecto. De hecho, como ya hemos tenido oportunidad de comentar, la CDN recoge que todos los niños deben ser tratados de manera igualitaria, y sus derechos deben de ser respetados, independientemente de si son menores no acompañados, acompañados, extranjeros, nacionales... El hecho de que el Estado belga diferencie, en cuanto a la capacidad para ejercer el derecho a la reagrupación familiar, entre menores casados y no casados supone una clara discriminación de los primeros frente a los segundos, reiterando de nuevo, que

son precisamente los menores atrapados en matrimonios forzosos, por la situación vulnerable en la que quedan al no reconocerse su matrimonio<sup>64</sup>, los que necesitan especialmente acceder a la reagrupación familiar<sup>65</sup>, es más, el hecho de no favorecer la reagrupación familiar de estos menores, supondría también una violación de la CDN en cuanto al mandato que contiene en el art.10 que insta a favorecer que los menores se reúnan con su familia.

Los matrimonios forzosos de menores suponen una vulneración de los Derechos Humanos<sup>66</sup>, la doctrina ha señalado la existencia de manifestaciones de diferentes organismos internacionales en las que animan a los EE.MM. a que se abstengan de reconocer los matrimonios forzosos e infantiles contraídos en el extranjero, pero que también recogen la posibilidad de excepcionar esta política cuando el reconocimiento sea en el mejor interés de las víctimas con respecto a los efectos del matrimonio, en particular con el fin de asegurar derechos que no podrían reclamar de otra manera<sup>67</sup>.

Esta incertidumbre también se aprecia en la propia normativa comunitaria que resulta, en algunos casos, incongruente, de modo que, mientras la Directiva permite no reconocer matrimonios cuando uno de los contrayentes es menor de la edad indicada por cada uno de los EE.MM. (art. 4.5) sin embargo, en el art. 4.1 en el marco de los familiares reagrupables, al reconocer como tal a los hijos menores del reagrupante, expresa que “Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados”, de tal manera que si estos hijos no obtienen el estatus de refugiados en la UE no pueden entrar de ningún otro modo mediante el ejercicio de la reagrupación por parte de sus cónyuges o sus ascendientes, ¿dónde queda aquí el interés superior del menor?

También el Reglamento Dublín III reconoce estos matrimonios y les imputa consecuencias jurídicas (como que los ascendientes dejen de ser considerados parte del núcleo familiar<sup>68</sup>). Entendemos que la apertura de estas excepciones puede suponer un grave peligro, la política de no reconocimiento tiene un claro efecto disuasorio que busca evitar que estos se produzcan dado que el cónyuge residente en Europa no va a poder reagrupar al cónyuge menor ya que el matrimonio no tendrá ningún efecto en Europa, pero debemos ser conscientes de que estas excepciones basadas en el interés del menor pueden también suponer la pérdida de la efectividad de esta política y promover, aún de manera indirecta, la celebración de estos matrimonios. El interés superior del menor en



estos casos quedaría garantizado mediante su protección como refugiados, lógicamente, como ya hemos comentado, sería fundamental que el matrimonio no se reconozca a ningún efecto.

Pero esto no significa que todos los matrimonios con menores sean, *de facto*, matrimonios forzosos. Es cierto que puede darse la situación, como parece ser el caso de la sentencia analizada, de que existan matrimonios en los que uno de los cónyuges es menor de edad y que no hayan sido forzados a contraerlo (la doctrina se ha referido a ellos como matrimonios precoces<sup>69</sup>), en estos casos, la posibilidad de que sean reconocidos no depende del interés superior del menor, ni se hace en base a una mejora de las condiciones del cónyuge menor, sino que el hipotético reconocimiento en estos casos estaría basado en la demostración de la existencia de consentimiento verdadero por ambos cónyuges y siempre que se respeten los requisitos de capacidad recogidos por la ley nacional de los cónyuges y, especialmente, el orden público español<sup>70</sup>. La situación puede ser muy diferente cuando, siendo uno de los cónyuges menor de edad, la diferencia entre ellos es, por ejemplo, de 4 años (como en la STJUE analizada) que cuando la diferencia es de varias décadas<sup>71</sup>. Las probabilidades de que pueda existir un consentimiento válido son mayores en el primer caso (respetando siempre los requisitos de capacidad<sup>72</sup>).

Desde nuestro punto de vista, el orden público debe ser garantizado ante la amenaza que pueden suponer los matrimonios forzosos y el artículo 4.5 de la Directiva puede servir como un elemento que permita localizar aparentemente casos de matrimonios forzosos<sup>73</sup>. Pero esta garantía del orden público puede no estar reñida con el objetivo de garantizar el derecho a la vida familiar, ni con la existencia de casos que requieren un análisis pormenorizado, especialmente debe tenerse en cuenta la existencia de una vida familiar *de facto*.

Ante el supuesto de los matrimonios precoces, que supondría una excepción a la prohibición general de reconocimiento de matrimonios en los que uno de los cónyuges es un menor de edad, debemos ser muy cuidadosos, ya que es difícil dar una solución unívoca que no pase por la ponderación de estos tres elementos (derecho a la vida familiar, el interés del menor<sup>74</sup> y el orden público) y la concurrencia de los elementos de capacidad y consentimiento. Sería necesario llevar a cabo una ponderación caso por caso.

No existe desigualdad en esta solución puesto que, aunque cada supuesto obtenga resultados diferentes, estos resultados son fruto de una ponderación entre los derechos de los menores y los bienes jurídicos que la sociedad busca proteger lo que obliga a prescindir de esa previsibilidad de la norma positiva. Todo ello ha de valorarse en conjunto con la capacidad y medios que los Estados tengan para llevar a cabo esta ponderación. En cualquier caso, tal y como indica la doctrina, el orden público debe ser aquí interpretado de una manera estricta con la finalidad de que no sea utilizado por los Estados como un mecanismo para impedir la reagrupación familiar<sup>75</sup>. En definitiva, en estos supuestos de matrimonios con un cónyuge menor en los que es evidente que existe consentimiento por parte del contrayente menor, se hace difícil esgrimir el orden público, especialmente cuando los menores tienen una edad en la que, en el país de destino, se permite que los ciudadanos contraigan matrimonio (16 años en España), y no sería necesario recurrir al interés superior del menor para garantizar la vida familiar y la continuidad de estos matrimonios, así como su reconocimiento en los EE.MM.

### III. CONCLUSIONES

Es indudable que el derecho de la reagrupación familiar es instrumento necesario y, podríamos considerarlo, *conditio sine qua non*, para garantizar el derecho a la vida familiar. Especialmente en el caso de los MENA que han adquirido el estatus de refugiado en alguno de los EE.MM., donde el derecho a la reagrupación familiar invierte su propia lógica, en estos casos son los reagrupantes los que se encuentran en situación vulnerable y de dependencia, y necesitan que sus progenitores se reúnan con ellos para continuar con su vida en familia, para cubrir sus necesidades físicas y psicológicas, para integrarse en la nueva sociedad desde la familia, institución relevante y social por antonomasia<sup>76</sup>. En este sentido, debemos tener presente que el art. 8 CEDH debe interpretarse en conjunto con el CDN cuyo art. 9 reconoce el derecho de estos a reagrupar a su familia, más aún cuando estos son menores no acompañados que gozan de refugio. El respeto al principio de no devolución (*non refoulement*) de los refugiados, implica necesariamente asegurar su acceso al derecho a la reagrupación familiar como instrumento para garantizar el derecho a la vida familiar, aquel que no pueden ejercitar

en sus países de origen por causas ajenas a su voluntad<sup>77</sup>, el hecho de limitar el derecho a la reagrupación familiar de estos extranjeros, en base a cuestiones interpretativas, puede suponer una flagrante vulneración del derecho a la vida familiar, se les condena a la soledad y al abandono, dejándolos en una situación vulnerable. El derecho a la reagrupación familiar también supone contribuir a la estabilidad y a la integración de estas personas. El correcto ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en estos casos supone la obligación de una actitud de cierta flexibilidad por parte de los EE.MM. que otorgan la protección, especialmente para entender que estas personas se encuentran en una situación específica que las diferencia sustancialmente de los perceptores de protección internacional adultos, de los migrantes, regulares e irregulares y, en definitiva, de los adultos. Y que su condición de menores debe imponerse, a la hora de tomar decisiones, sobre todas las demás.

De esta manera, el interés superior del menor se configura como un elemento fundamental que va a limitar, en todo caso, la discrecionalidad de los Estados a la hora de interpretar la normativa, por lo que a nosotros afecta, la Directiva 2003/86/CE. Esta concurrencia del principio del interés superior del menor obliga, necesariamente, a descubrir cómo el modelo tradicional de familia, conceptualizado por los Estados europeos de una manera más o menos armonizada, parece resultar insuficiente para garantizar las mejores decisiones en base al ejercicio de los derechos de estos menores y la importancia que tiene para su vida presente y futura. En definitiva, se hace necesario ampliar conceptos como el de familia a las nuevas realidades existentes, no solo en el caso de los menores, no acompañados que ya se encuentran en los EE.MM., sino también de aquellos que están por llegar, de aquellos que han vivido guerras, desarrollado su vida en campos de refugiados... esta flexibilidad resulta absolutamente necesaria para que el derecho a la agrupación familiar pueda ejercer correctamente su papel instrumental subordinado al derecho a la vida familiar.

El mayor obstáculo que encontramos en estos casos es la necesidad de garantizar y preservar los bienes jurídicos y los valores de las sociedades de acogida, dado que, en muchas ocasiones, no es sencillo encajar las realidades familiares de estos MENA con los valores y tradiciones de la sociedad que los acoge. Se hace por tanto necesario un ejercicio de ponderación desde una mirada neoconstitucionalista que implica entender los derechos como algo vivo e interconectado que se relaciona y que debe interpretarse en

conjunto, no siendo suficiente el enfoque positivista de los mismos. Con respecto a esto, son problemáticos los matrimonios poligámicos y, especialmente, los matrimonios forzosos donde los EE.MM. intenta luchar contra esta práctica a través de su no reconocimiento; a pesar de lo correcto de esta decisión<sup>78</sup>, pues intenta desincentivar estos matrimonios, garantizar los derechos de las niñas y de los niños, y el derecho a la igualdad, valores fundamentales en nuestra sociedad, hay que atender, de nuevo, al interés superior del menor, y tener muy en cuenta en qué situación quedaría el cónyuge menor de edad tras el no reconocimiento, por eso, una política generalista de no reconocimiento de estos matrimonios también puede suponer, en algunos casos un daño moral para los contrayentes en supuestos en los que sí puede existir un consentimiento válido.

Sin embargo, el papel de los Estados de acogida no acaba en el mero hecho de proteger a estos migrantes, sino también de colaborar en el desarrollo de los países de origen, buscando la ayuda eficaz e intentando crear mecanismos que impidan que esta ayuda se diluya por múltiples aspectos, sean estos ideológicos, corrupción, políticas... Tal como indicaba el papa Francisco (Papa Francisco, 2020:132). Junto a ello, se ha propuesto también la necesidad de armonizar los sistemas normativos de los EE.MM. para dar una respuesta más uniforme siendo conveniente plantearse la posibilidad de dotar a la UE de competencia en materia de menores<sup>79</sup>, constituyendo el mayor reto para los EE.MM el de la integración y participación en las comunidades de acogida, su transición a la edad adulta o su futuro acceso al empleo, destacando el papel de la familia en este fin como elemento integrador.

Lo que sí parece quedar claro es que la regulación actual es insuficiente en el caso de la UE, no otorga criterios suficientes de decisión y, en ocasiones presenta desconexión entre algunas de sus normas, e incluso puede generar desigualdades injustificadas, todo ello puede llevar a la vulneración de derechos fundamentales con especial énfasis en el derecho a la vida familiar.