

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 2020



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
(SALA TERCERA) 16 DE JULIO DE 2020.
ASUNTOS ACUMULADOS C-133/19; C-136/19 Y C-137/19**

Jazmín Blanchiman¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 15 de enero de 2021

Resumen

A partir del análisis de fallo se observan las carencias de los Tribunales Europeos al momento de hacer efectivos los estándares internacionales de Derechos Humanos contemplados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a saber, derecho a ser oído y defensa técnica especializada de la niñez.

Palabras clave: Unidad familiar – derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos – defensa técnica de la niñez – política migratoria.

Title: Judgment of the Court of Justice of the European Union (third chamber), July 16, 2020. Joined cases C-133/19, C-136/19 and C-137/19.

Abstract

From the analysis of the judgment, the shortcomings of the European Courts are observed at the moment of making effective the international standards of Human Rights contemplated in the International Convention on the Rights of the Child, namely, the right to be heard and the specialized technical defense of children.

Keywords: Family unity - children's right to be heard - technical defense of children - migration policy.

¹Magistrada Titular por concurso del Juzgado de Familia Nro. 1 de Quilmes. Especialista en Administración de Justicia (Universidad Nacional de la Plata, Argentina).

I. Introducción

La jurisprudencia a analizar claramente pone a la postre uno de los temas que se encuentran en agenda en la actualidad la Unión Europea: Política Migratoria en materia de Derecho Familia con anclaje en una cuestión fundamental los niños, niñas y adolescentes, ante una clara ausencia de la defensa técnica especializada.

II. Análisis del caso: situación fáctica

El 20 de Marzo de 2012, B.N. M, quien resultó ser nacional de un tercer país beneficiario del estatuto del refugiado en Bélgica, presentó en representación de sus hijos B.S, B.M y B.M.O ante la Embajada en Bélgica en Conakry (Guinea) solicitudes de autorización, residencia de amparo y reagrupación familiar sobre la base del Art. 10, ap. primer párrafo, punto 4, tercer guión de la Ley 15 de Diciembre de 1980. Ambas solicitudes fueron denegadas.

Posteriormente, el 9 de Diciembre de 2013 B.N.M se presentó en la Embajada de Bélgica en Dakar (Senegal) donde solicitó nuevas solicitudes de autorización de residencia basada en la misma normativa.

Con tres resoluciones del 25 de Marzo de 2014, las autoridades competentes Belgas denegaron las solicitudes de autorización de residencia , ya que utilizaron información falsa o documentos falsos o falsificados. Sumado a ello, indicaron que B.N.M no había declarado en su oportunidad la existencia de su hijo B.M.O en su declaración de residencia, además de que había alcanzado la mayoría de edad.

Ante estas circunstancias interpusieron recursos ante el Consejo Contencioso de Extranjería, quien el 31 de Enero de 2018 declaró la inadmisibilidad de las pretensiones de las partes en ejercitar la acción, ya que consideran como requisito objetivo que este debe subsistir al momento de interponer el recurso y hasta que se dicte sentencia. Amplió formulando que ante estas condiciones no configura la reagrupación familiar.

La citada resolución fue apelada por el interesado ante el Consejo de Estado de Bélgica, alegando que la decisión tomada por el órgano inferior se contrapone con la directiva 2003/86 en cuanto al pleno goce del derecho a la reagrupación familiar y el derecho a la tutela judicial efectiva, además de utilizar un argumento procesal irrisorio por considerar la cuestión abstracta, ya que B.M.O había alcanzado la mayoría de edad.

Ante esta situación, el Consejo de Estado decidió suspender el proceso y formular la siguiente cuestión prejudicial:

En los asuntos C-133/19 y C-136/19:

1) Para garantizar la eficacia del Derecho de la Unión Europea y no hacer imposible el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar que, según la recurrente, le confiere el artículo 4 de la Directiva 2003/86, ¿debe interpretarse esta disposición en el sentido de que el hijo del reagrupante puede acogerse al derecho a la reagrupación familiar cuando alcance la mayoría de edad durante el procedimiento judicial contra la resolución por la que se le deniega dicho derecho y que se adoptó cuando aún era menor?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 47 de la [Carta] y el artículo 18 de la Directiva 2003/86 en el sentido de que se oponen a que se declare la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto contra la denegación del derecho a la reagrupación familiar de un hijo menor de edad por haber alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento judicial, ya que se le privaría de la posibilidad de que se resuelva el recurso interpuesto contra dicha resolución y se menoscabaría su derecho a la tutela judicial efectiva?

En el asunto C-137/19:

¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, [párrafo primero], letra c), de la Directiva 2003/86, en su caso en relación con el artículo 16, apartado 1, de dicha Directiva, en el sentido de que exige que los nacionales de terceros países, para ser considerados “hijos menores” en el sentido de esa disposición, no solo sean “menores” en el momento de la presentación de la solicitud de concesión de la residencia, sino también en el momento en el que la Administración se pronuncie en última instancia sobre dicha solicitud?

Por último, mediante decisión del Presidente del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2019 se acumularon los asuntos C-133/19, C-136/19 y C-137/19 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

III. Marco normativo: La directiva 2003/86 y el Derecho Belga

Recordemos que la directiva como normativa derivada del derecho originario de la Unión Europea obliga al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (ALONSO GARCÍA, 1989: p. 322).

Molina del Pozo, al respecto tiene dicho que son normas que realizan un compromiso entre el reconocimiento de poderes a las instituciones de la UE y el mantenimiento de ciertas competencias a nivel de los Estados. La inmediatez federal queda paralizada debido a la necesaria intervención del estado.

En resumidas cuentas, la directiva es una normativa derivada que no tiene alcance general y establece obligaciones de resultado a los Estados, debiendo estos realizar todos los esfuerzos necesarios a fin de dar cabal cumplimiento con la misma en el ordenamiento interno, ya que previamente se ha atribuido el ejercicio de competencias soberanas a las instituciones supranacionales.

En esta cuestión prejudicial se trató la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar que consagró como principio fundamental lo siguiente: *“Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*

Sumado a lo expuesto, resulta terminante en materia de reagrupación al familiar al enunciar: *“La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia.*

Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado.”

Menciona también los requisitos necesarios: “Con el fin de garantizar la protección de la familia, así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar, es importante fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.”

Por último en su Art. 4 define a los fines de la regulación pertinente que entiende por familia: Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los siguientes miembros de la familia:

a) el cónyuge del reagrupante;

b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales;

c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento;

d) los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

e) 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.

Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.

En cuanto al Derecho Belga, si bien recepta alguna cuestiones de la presente directiva, en su art. 4: *“los siguientes miembros de la familia de un extranjero admitido o autorizado, al menos doce meses antes, para residir por tiempo ilimitado en el Reino o autorizado, al menos doce meses antes, para establecerse en él. Este período de doce meses no será aplicable si el vínculo conyugal o la unión de hecho registrada existía antes de la llegada del extranjero reagrupante al Reino o si estas personas tienen un hijo común menor de edad, o si se trata de miembros de la familia de un extranjero a quien se ha concedido el estatuto de refugiado o de beneficiario de protección subsidiaria:*

– el cónyuge extranjero o el extranjero con el que se mantenga una unión de hecho registrada considerada equivalente al matrimonio en Bélgica, que venga a convivir con él, a condición de que ambos tengan más de veintiún años de edad. Sin embargo, esta edad mínima se reducirá a dieciocho años si la relación matrimonial o, en su caso, la unión de hecho registrada ya existía antes de que el extranjero reagrupante llegase al Reino.

– los hijos comunes que vengán a vivir con ellos antes de alcanzar la edad de dieciocho años y estén solteros;

– los hijos del extranjero reagrupante, de su cónyuge o de la pareja registrada mencionada en el primer guion que vengán a vivir con ellos antes de cumplir los dieciocho años de edad y estén solteros, siempre que el extranjero reagrupante, su cónyuge o dicha pareja registrada tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo, o, en caso de custodia compartida, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.”

IV. Política migratoria

Si bien la determinación de la política resulta una cuestión primordial para el Derecho de la Unión Europea, los derechos a la protección a la vida familiar y el respeto por la vida privada actúan como un claro límite de aquella facultad, y, ello ha sido reconocido tanto por la Corte Europea de Derechos Humanos, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En nuestro continente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la jurisprudencia de otros órganos de supervisión internacional; tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; pueden aportar elementos constructivos para la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a los sistemas regionales e internacionales de Derechos Humanos².

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que es propio de los Estados para mantener el orden público y, en particular, mediante el ejercicio de esa facultad, y por razones de derecho internacional y de las obligaciones que emergen de esas normas internacionales, controlar el ingreso y la residencia de los extranjeros.

Al respecto ha sostenido que, a fin de mantener el orden público, los Estados tienen el poder de autorizar o rechazar el ingreso de extranjeros, expulsarlos o deportarlos³, y, al momento de analizar la proporcionalidad de esas medidas, las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de apreciación; tal como ha ocurrido en la especie⁴.

Sin embargo, el ejercicio de esta potestad estadual, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, encuentra su límite en los valores fundamentales de las sociedades democráticas modernas. Las políticas migratorias deben garantizar una decisión individual fundada, con las garantías del debido proceso,

²CIDH, Informe 56-06 "Wayne Smith vs. Estados Unidos", 20 de julio de 2006, nota 33.

³TEDH, sentencia de 23 de Junio de 2008, "Maslov vs. Austria", asunto n° 1638/03.

⁴TEDH, sentencia de 21 de Junio de 1988, "Berrehab vs. Países Bajos", asunto n° 10730/84.

debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la vida familiar y el derecho de los niños de obtener medios de protección especial; entre ellos, el derechos a ser oídos y gozar de una defensa técnica especializada.

En el caso en análisis, la definición del "concepto de hijo menor" resulta clave, teniendo en cuenta que es el padre quien acciona judicialmente en representación de sus hijos menores a fin de hacer valer sus derechos a la reagrupación familiar. Sobre este punto resulta necesario efectuar algunas precisiones en materia de derecho.

V. El derecho a ser oído y la defensa técnica internacional de la niñez

En el caso, B.M.M. padre de los niños menores B.S., B.M. y B.M.O., nacional de un tercer país beneficiario del estatuto de refugiado en Bélgica; y en nombre y representación de ellos, presentó en varias oportunidades ante las autoridades, una solicitud de reagrupación familiar en dicho Estado, las que fueron rechazadas. Frente a ello, interpuso recurso de casación ante el Consejo de Estado Belga.

En el Derecho internacional, la Convención sobre los Derechos de Niño establece en su art. 1 que "se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad". Este es el parámetro utilizado en Europa para definir qué se entiende por niño. En el Derecho de la Unión Europea (en adelante UE) no existe una definición formal única de "niño" ni en los tratados, ni en el Derecho derivado, ni en la jurisprudencia. La definición de niño puede variar considerablemente dentro de la legislación de la UE, dependiendo del contexto regulador.

Así, la legislación de la UE que regula los derechos de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares define a los "menores" como los "descendientes directos menores de 21 años o a cargo", atendándose a una noción biológica y económica opuesta a la basada en la minoría de edad

A modo de ejemplo, ciertos actos de la UE asignan diferentes derechos a los niños en función de su edad. La Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, por ejemplo, regula el acceso de los niños al trabajo

formal en la Unión, distinguiendo entre jóvenes (un término global que incluye a todos los menores de 18 años), los adolescentes (los que van entre los 15 y 18 años) y los niños, es decir los menores de 15 años, a quienes les está prohibido trabajar.

Pero, volviendo al análisis del fallo, y más allá de que uno de los peticionantes alcanzó la mayoría de edad durante la tramitación del proceso, no se verifica en el caso que se hayan cumplido con las garantías del debido proceso especial, el que debió adaptarse a los actores en su calidad de niños.

Varias disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prevén derechos básicos de acceso a la justicia que avalan las garantías de un proceso equitativo para adultos y niños.

El art. 47 trata en particular sobre el derecho a una tutela efectiva y a un juez imparcial; y establece requisitos de especial relevancia para los niños, tales como el derecho a ser oídos dentro de un plazo razonable y contar con asistencia jurídica especializada. Ningún operador administrativo y/o judicial del Estado oyó a los niños B.S., B.M. y B.M.O. involucrados en esta contienda y respecto de los cuales se estaba decidiendo su futuro. Simplemente, nadie les preguntó donde querían vivir.

La participación de los niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal obliga a los Estados a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a su intervención u opinión.

El derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar, por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones, respecto de las cuestiones que afectan al niño, niña y adolescente. Por lo tanto, y por la importancia de su injerencia, esta escucha debe ser activa, teniendo en cuenta su edad y grado de maduración.

Si bien el art. 8 de la CEDH no reconoce a los padres inmigrantes y a sus hijos un derecho absoluto a elegir dónde quieren vivir, ello no es óbice para el ejercicio pleno de los derechos inherentes a los peticionantes en su condición de niños. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto "Sen vs Países Bajos" confirmó que para encontrar un equilibrio entre los derechos

del niño y de la familia, y los intereses generales del orden público deben tenerse en cuenta tres factores claves: la edad del niño; su situación en el país de origen y su grado de dependencia efectiva de los padres.

El reconocimiento del derecho a una participación efectiva es un elemento clave de las Directrices del CE sobre una justicia adaptada a los niños. La justicia aplicada a niños debería ser accesible, adecuada a la edad, ágil, diligente, adaptada a las necesidades del niño; especialmente, el derecho a un juicio justo, a participar en el procedimiento y comprenderlo, al respeto de su vida privada y familiar; así como su integridad y dignidad.

En el Derecho Internacional, el niño tiene derecho a no ser separado de su familia, a menos que se considere que ello responde a su interés superior (art. 9 apartado 1 de la CDN). El art. 10 de la citada Convención establece que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes podrá moverse entre esos países para mantenerse en contacto con ambos o reagruparse, con sujeción a la legislación nacional sobre inmigración.

El principio de interés superior, consagrado en el art. 3 de la CDN fundamenta todas las decisiones relativas a la reagrupación familiar.

El interés superior del niño se garantiza, en primer lugar, a partir de su escucha, lo que permite posicionarlo como sujeto de derecho. Para que el niño y/o adolescente ejerzan libremente su derecho a opinar, el Estado debe garantizar las condiciones de adecuada información y asistencia letrada.

En la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al "interés del niño" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso. En tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la

inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente.

Asimismo, de acuerdo con UNICEF, en relación con las solicitudes de reagrupación del niño con su familia en el Estado de acogida, los tribunales nacionales deben garantizar también que los padres no se aprovechen de sus hijos para obtener permisos de residencia en ese país.

Se advierte que los organismos internacionales han establecido pautas que permiten abordar este tipo de casos estableciendo ciertos criterios; pero no ha avanzado en el modo adecuado de hacer efectivas las garantías procesales.

No se les ha garantizado la asistencia técnica especializada a B.S., B.M. y B.M.O. a fin de hacer valer sus intenciones como verdaderos sujetos de derecho. ¿Es posible afirmar que el reclamo del padre y la solución brindada por la autoridad contemplan el mejor interés de los niños? No lo sabemos porque los niños no ejercieron sus derechos inherentes a su calidad de personas y sujetos de derecho.

Ni el Estado ni el Tribunal indagaron al respecto en los asuntos C-133/19, C-136/19 y C-137/19.

Si bien excede el marco del presente trabajo, es clara la necesidad de crear y legislar la figura del Defensor del Niño Europeo que garantice inmediates y derecho a defensa, además de una adecuada representación que garantice sus intereses (Art. 12 CDN).

Por último, corresponde analizar el factor temporal en el presente caso, fenómeno inherente a la decisión judicial, máxime teniendo en cuenta que la petición se realizó a favor de tres niños menores de edad. La eficacia de la tutela judicial efectiva, como estándar internacional de Derechos Humanos, contempla las garantías fundamentales de acceso a la justicia, el plazo razonable para la determinación de los derechos y el derecho a la decisión oportuna. Es decir, las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo existencial de los seres humanos.

Al respecto, y con el fin de agilizar la tramitación de los asuntos que lo requieran, el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea dispuso la creación de un Reglamento de Procedimiento, podrá establecer un procedimiento acelerado y, para las peticiones de decisión prejudicial relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia. Para la UE, una de las razones que justifica la aplicación de este procedimiento de urgencia es el riesgo de deterioro de la relación paterno-filial; que bien podría haberse aplicado en el caso de marras teniendo en cuenta las similitudes que presenta. En el asunto *Aguirre Zarraga*⁵ planteó el Tribunal de Justicia diversas cuestiones relativas a la interpretación del artículo 42, titulado «Restitución del menor», del Reglamento n.º 2201/2003; Reglamento (CE) n.º 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) n.º 1347/2000 (DO 2003, L 338, p. 1).

El TJUE advirtió la urgencia que reconoce un pronunciamiento en situaciones de traslado de un menor, suponiendo un riesgo de deterioro o menoscabo de las relaciones paterno-filiales y podría provocar un daño psíquico en el niño. Según el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, la tramitación de la petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento ordinario podría menoscabar gravemente, incluso de manera irreparable, las relaciones entre padre e hijos, así como poner en mayor peligro la integración de esta en su entorno familiar y social .

En primer término, recordemos que el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akerberg Fransson*⁶ dijo, en lo referente a la acción de los Estados miembros, que el ámbito de aplicación de la Carta se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. A este respecto indicó que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la

⁵ TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, [petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Celle (Alemania)], asunto C-491/10 PPU, EU:C:2010:828.

⁶TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013 (Gran Sala), *Akerberg Fransson*, asunto C-617/10, EU:C:2013:2015

Unión están destinados a aplicarse en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de esas situaciones. El Tribunal de Justicia puso de relieve que, por este motivo, no podía apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscribiera en el marco del Derecho de la Unión.

En cambio, cuando la normativa nacional estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en el marco de una remisión prejudicial el Tribunal de Justicia debía proporcionar todos los criterios de interpretación necesarios para que el tribunal nacional pudiera apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar (apartados 17 a 23). Ahora bien, expuesta la normativa interna aplicada al caso, de acuerdo al texto del fallo me detendré específicamente en una norma. El art. 12 bis ap 7 de la Ley 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en el territorio nacional, residencia, establecimiento y expulsión de extranjeros dispone que "al examinar la solicitud, se deberá tener en cuenta el interés superior del menor"

VI. La cuestión prejudicial y la técnica de cohabitación.

Nuevamente la jurisprudencia de Luxemburgo traza un diálogo interjurisdiccional con el Sistema Europeo de Derecho Humanos.

No debemos olvidarnos de que la cuestión prejudicial tiene por objeto colocar al TJUE en la posición de marcar pautas comunes a tener en cuenta por jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho de la UE (ALONSO GARCÍA, 2014: p. 189).

En palabras del propio TJUE, la cuestión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la UE que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en la Unión.⁷

⁷ TJUE, 2012/C338/01. Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Por otro lado claramente la jurisprudencia del TEDH es unánime en materia de protección de niñez y conlleva a utilizar la técnica de cohabitación, justificando en este caso la autocontención por parte del TJUE ya que la protección garantizada por el o los otros ordenadores es equivalente (no idéntica) (PIZZOLO, 2017: p. 154).⁸

No se trata de una solución interpretativa sino una solución procedimental o procesal. El intérprete renunciante ejerce no un control sustantivo en profundidad, sino un control limitado a la constatación de las condiciones exigidas.

A nivel supranacional, la técnica de cohabitación es defendida y promovida por el TEDH frente a las interpretaciones que sobre los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH desarrollan los jueces del TJUE.

VII. La resolución del caso.

Finalmente, el TJUE resolvió conforme la pautas del TEDH, por lo tanto se debe hacer lugar a la petición del Sr. B:N.M, teniendo en cuenta la edad de sus hijos al momento de realizar la petición, por más que hayan adquirido la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso.

VIII. Conclusión.

Existe claramente una deuda pendiente en el TJUE en materia de Defensa Técnica de Niños, Niñas y Adolescentes, resultando necesario adecuar los parámetros de procedimiento a las pautas que establece el TEDH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así como la cuestión prejudicial es una herramienta necesaria para obtener una pauta de interpretación unánime, la inmediatez del Juez con un niño,

niña o adolescentes debería ser vinculante y obligatoria en todo proceso ante este organismo.

IX. Bibliografía

ALONSO GARCÍA R. (1989). *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*". Madrid. Civitas.

ALONSO GARCÍA, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 4ta edición. Madrid: Civitas.

PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de Interpretes Finales. Relacion entre tribunales Suparanacionales constitucionales y Supremos*. Buenos Aires: Ediar.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH