

Georgios MILIOS,
El derecho a la vida familiar de los extranjeros,
Editorial Comares. S.L, Granada, 2021, 214 pp.

FERNANDA TORRES VILLARRUBIA
Universidad de Barcelona

Palabras clave: derecho a la vida familiar, reagrupación familiar, expulsión, concepto de familia
Keywords: right to family life, family reunification, expulsion, concept of family

El libro “El Derecho a la vida familiar de los extranjeros”, del profesor Georgios Milios, nos entrega un exhaustivo análisis desde tres ópticas: a nivel internacional y su reconocimiento en diversos tratados internacionales de derechos humanos; a través del estudio del régimen comunitario; y, por último, del estatuto jurídico español. Esta publicación con un análisis multinivel nos permite comprender la gran problemática en torno al derecho a la vida familiar de los extranjeros, esto es, el exceso de regímenes aplicables de reagrupación familiar y de definiciones de familia que hacen complejo la aplicación de la normativa correcta, que conlleva a interpretaciones confusas y contradictorias, siendo los grandes perjudicados los extranjeros y sus familias.

Los tres niveles antes mencionados en los cuales el autor ha desarrollado este trabajo permiten además identificar los tres capítulos específicos en la materia. En primer lugar, la protección de la familia del extranjero en el ámbito del Derecho Internacional incluyendo aquellos en el marco de la Organización de Naciones Unidas como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y específicamente la interpretación del artículo octavo del CEDH. En segundo lugar, las directivas comunitarias relacionadas con el derecho a la vida familiar de los extranjeros específicamente los análisis de los familiares del ciudadano comunitario; de los familiares del ciudada-

no extracomunitario; los regímenes específicos o especiales de ciudadanos extracomunitarios; los familiares de los solicitantes y de los beneficiarios de la protección internacional. Por último, el derecho a la vida familiar en el ordenamiento jurídico español se analiza la regulación constitucional y las cuestiones de titularidad respecto a los extranjeros y los derechos de sus familiares así como, de los ciudadanos comunitarios residentes en España, los familiares ciudadanos españoles residentes en España, los familiares de los ciudadanos extracomunitarios en España y la regulación de la reagrupación familiar de *facto* y los familiares solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional.

La familia, en sus diversas composiciones, se encuentra protegida en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos en varios instrumentos internacionales. En el caso de los extranjeros, esta estructura de protección es de vital importancia, ya que cumple la función de ser un factor importante de la movilidad humana como elemento de integración en el Estado de acogida.

El autor, señala la necesidad de un nuevo estudio del derecho a la vida familiar en base a tres factores. En primer lugar, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009. En segundo lugar, la crisis económica que ha enfrentado Europa, que, en palabras del autor, en *combinación con el aumento de la xenofobia y los partidos "antimigrantes", añade presión a la Unión Europea y los parlamentos nacionales para que adopten legislaciones más restrictivas en el ámbito de la inmigración, en general, y la migración por causas familiares en particular*. Por último, la enorme crisis humanitaria en Siria, que ha generado miles de solicitudes de asilo. Actualmente esta crisis humanitaria se ve aumentada con la situación de Marruecos y el terror generado por los talibanes en Afganistán recientemente.

La unidad familiar en el ámbito internacional es muy importante, ya que, a modo de ejemplo, en el caso de solicitantes de asilo, la reagrupación familiar es la única vía para el goce y disfrute del derecho a la vida familiar. Es un factor importante para la *psicología de los refugiados como para la integridad física de los miembros de su familia*.

Como veremos, las distinciones de la aplicación de uno u otro régimen de protección varía según el estatuto o nacionalidad de extranjero, incluso entre nacionales extracomunitarios, varía lo que claramente demuestra que existe una aplicación preferente cuyo determinante está basado en nacionalidad del extranjero que solicita la reagrupación, así como de su condición de comunitario o vínculo con un ciudadano comunitario.

El concepto de familia, como demuestra el autor, está centrado en el modelo de “núcleo familiar”, modelo tradicional o conservador de familia. Sin embargo, los tipos familiares ha mutado en nuevas configuraciones de familia como serían, la unión de parejas de hecho, las familias constituidas por miembros del colectivo LGTBI o aquellas constituidas por los abuelos, hermanos, entre otros.

Respecto a los capítulos en específico, el primer capítulo titulado “La protección de la familia del extranjero en el ámbito del derecho internacional”, realiza una detallada comprensión de los principales Tratados Internacionales de Naciones Unidas en la materia, principalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en este caso. Ya nos adelanta que el mero hecho de que la protección de la familia esté incluida en tantos tratados internacionales es en sí mismo, un indicativo de la importancia que tiene dicho derecho y la protección el cual se encuentra respaldado en los tratados internacionales antes mencionados.

Este capítulo centra principalmente su estudio en los tratados que protegen la familia del extranjero específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y la Convención de Ginebra en cuanto a las personas refugiadas

En los análisis siguientes que realiza tanto a nivel jurisprudencial como doctrinario, el autor concluye que el derecho a la vida familiar encuentra su mayor protección en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en lo que se refiere a los casos de expulsión de extranjeros y el derecho de agrupación familiar. Sin embargo, hay que considerar el margen de discrecionalidad que tienen los Estados para el control de la migración al interior de sus fronteras, por lo cual aun cuando hayan convenios específicos que determinen una protección de los extranjeros, el Estado tendrá siempre ese nivel de discrecionalidad para determinar quienes permanecen o no en su territorio

El autor además hace comentarios respecto a los últimos pactos en materia de migraciones, por ejemplo el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular del 2018 en el cual se establecen facilitaciones de acceso en materia de reagrupación familiar y de requisitos para el ejercicio de este derecho para la protección de la unidad familiar, sin perjuicio que no es un

instrumento de carácter vinculante y varios Estados no han adherido al mismo, permite una aproximación a la nueva idea que se consideran respecto a las migraciones en el Siglo XXI.

Resulta de gran importancia es el desarrollo que realiza el autor en el marco de la CEDH y la interpretación del artículo octavo de este convenio al indicar que *los derechos establecidos en la CEDH no pertenecen enteramente a los nacionales de los Estados contratantes sino a todas las personas dentro de su jurisdicción independiente si tienen la nacionalidad de este estado, sean extranjeros o apátridas*. El Estatuto migratorio de estas personas también es un principio irrelevante en lo que respecta a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Recordemos que el artículo 8.1, *establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar, señalado que toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*.

De aquí extrae, por ejemplo, para el concepto de familia, las principales relaciones que forman el concepto de familia enfocado respecto al artículo octavo del convenio como también la definición de los casos que no se aplican elementos de extranjería como aquellos miembros de familia extensa en casos relacionados con extranjeros. En un mismo sentido establece los análisis de los casos del derecho a la vida familiar de los extranjeros, con las legislaciones que versan sobre reagrupación familiar.

Concluye en este capítulo, señalando que hay que tener en cuenta que, *de forma similar al sistema de protección de los derechos humanos de la ONU, el CEDH no establece un auténtico derecho a la reagrupación familiar para los extranjeros, aunque al revisar algunas sentencias pareciesen adoptar enfoques más flexibles, pero el umbral de protección sigue siendo particularmente bajo*. Acá el desarrollo de la jurisprudencia del TEDH ha sido fundamental para el análisis y la evolución de este derecho, que pareciera ser más protector con la vida familiar.

El segundo capítulo sobre “Las directivas comunitarias relacionadas con el derecho a la vida familiar de los extranjeros” se inicia con un análisis del derecho a la libre circulación de personas desde el años 1951 con el Tratado de París que dispuso el derecho a la libre circulación para los trabajadores de la industria del carbón y el acero, continuando con el análisis de los distintos tratados que se establecieron en esta materia, culminando en el año 2004 cuando la Unión Europea adoptó la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de abril 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. Por lo que el desarrollo de la defini-

ción de familia dentro de las directivas comunitarias requiere una distinción específica para comprender el concepto de la libre circulación de los ciudadanos comunitarios, extracomunitarios y sus familiares.

Como un primer estudio, podemos ver que la definición de familia en el Reglamento sobre trabajadores migrantes se basaba siempre en el trabajador masculino, y el cónyuge e hijos legítimos propiamente tal. Es la definición clásica de familia por lo que ciertas situaciones que no siguieran un modelo tradicional de familia tenían que ser analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la definición de familia de la directiva de libre circulación se contempla una definición más ampliada facilitando, además con la legislación nacional, la entrada y residencia de familiares del titular, es decir, se amplía ligeramente el concepto de familia que ya había sido adoptado en el Reglamento sobre Trabajadores Migrantes, incluyendo por ejemplo, parejas equivalentes al matrimonio es decir uniones de hecho, mera convivencia, a los descendientes del cónyuge y de la pareja. Sin embargo, no les otorga los mismos derechos a estas uniones que si fuese cónyuges (unidos legalmente por matrimonio). Por otro lado, tampoco tiene carácter imperativo la obligación del ingreso ya que solo se habla de que estarían obligados a facilitar la entrada y residencia de acuerdo con la legislación nacional.

Para comprender aún mejor esto, el autor realiza un análisis en cada una de las temáticas del concepto de familia de los ciudadanos comunitarios a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como es en el caso de relaciones extramatrimoniales de convivencia y separación, de descendientes directos, de dependencia, del cuidador principal y otros miembros de la familia de orientación sexual diversa.

El análisis que toma de base es el artículo 3.1 de la directiva de libre circulación que permitiría entender de mejor manera cuáles de estos miembros pueden entrar o pueden encontrarse mejores calificados en ingresos salidas y así poder disfrutar de los derechos garantizados en la directiva por otro Estado miembro de la Unión Europea. El artículo 3.1. señala en dentro de sus beneficiarios que se *aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que lo acompañen o se reúnan con él.*

Por ende, se determina que los miembros de la familia que pueden disfrutar de estos derechos son aquellos que acompañan o se reúnen con el ciu-

dadano comunitario que se traslada rápido a otro Estado miembro. Aun así, el TJUE da una definición más amplia de estos ciudadanos con las que pueden contar en atención.

Resulta interesante en este apartado, el desarrollo que realiza el autor respecto a las circunstancias cubiertas por el derecho originario de la Unión Europea. En él señala que *el TJEU ha ido más allá en su jurisprudencia otorgando derechos ciudadanos comunitarios que no ejercen ningún derecho de libre circulación, pero permanece en el territorio del Estado miembro del que son nacionales en el supuesto que realicen actividades con algunos elementos transfronterizos.*

En el presente título, se argumenta que *cuando los derechos de los familiares se derivan de directamente el tratado de la Unión Europea no debe recurrirse a una definición más restrictiva de la familia que la aplicable a los casos ordinarios de libre circulación por el contrario el hecho de que el TJUE acuda al derecho originario es una oportunidad para el propio Tribunal de abordar el tema de una manera más de facto que se desvincule del modelo de familia adoptado por la directiva.*

Por otro lado, desarrollan los derechos de los familiares de los ciudadanos comunitarios estableciendo los principales derechos garantizados por la normativa comunitaria señalando que los familiares de los ciudadanos comunitarios gozan de los mismos derechos reconocidos al comunitario. Continúa con un análisis específico a los derechos de una residencia autónoma, a las restricciones de los familiares de los ciudadanos comunitarios *concluyendo que la definición que entrega la directiva de libre circulación es definitivamente más amplia que en cualquier otra directiva comunitaria.*

De igual manera, realiza el análisis de los familiares de ciudadanos extracomunitarios donde en este caso es la Directiva 2003/86 sobre del derecho a la reagrupación familiar que concepto de familia es de manera restrictiva, pero con varias excepciones que podrían limitar aún más el límite del número de personas que pueden ser calificadas familiares para efectos de la regulación. En el mismo sentido, establece condiciones de la reagrupación de familiares de comunitarios bajo este modelo tanto en los tipos de residencia, con residencia previa, en el periodo de espera, con condiciones materiales, con criterios y medidas de integración y la edad mínima requerida para los cónyuges, como también el procedimiento de reagrupación familiar en virtud de esta directiva.

Por último y de igual manera que en el apartado anterior, establece los derechos de los familiares de los ciudadanos extracomunitarios reagrupados en virtud de esta directiva específicamente también bajo el derecho a la

residencia autónoma, las relaciones de los derechos de los reagrupados, y la compatibilidad de la directiva del con el artículo octavo del CEDH. Aquí, resulta interesante el análisis que hace de la eventual compatibilidad de la directiva con el artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos así como con el artículo séptimo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, concluyendo o puesto de manifiesto, que la directiva no es compatible con el artículo octavo del CEDH, dado que introduce requisitos de integración no compatibles con el artículo 8 CEDH mientras que problemas también se detectan en relación la definición de familia.

Continúa en este capítulo, analizando los regímenes especiales de ciudadanos extracomunitarios, por ejemplo, de los titulares de la tarjeta azul y su vinculación con los familiares u otros Estados miembros, así como los familiares de investigadores, los familiares de estudiantes y los de residencia de larga duración.

Resulta interesante y novedoso el estudio que realiza en este mismo apartado sobre los familiares de los solicitantes de asilo y de los beneficiarios de protección internacional en relación con el Reglamento Dublín III. Cabe señalar, que, en el caso del reglamento, la noción de familia es distinta. Hay dos criterios principales en la Unión Europea que se reúnen este reglamento: el primero entendiéndose a menores no acompañados y el segundo, solicitantes de protección internacional mayores de edad que tienen familiares en otro Estado miembro de la Unión Europea. En este caso la definición de familia cuando el solicitante es mayor da es más restrictiva ya que permite reuniones solo entre cónyuge o pareja de hecho, padres e hijos menores de edad y solteros.

En el caso de las observaciones sobre la unidad familiar de los solicitantes de protección internacional bajo el sistema de Dublín se ha señalado que la normativa comunitaria emplea progresivamente la ficción de familia de manera de facilitar los traslados por estos motivos. Cabe recordar, como establece el autor, que los traslados por motivos familiares en el marco del sistema de Dublín no constituyen relaciones familiares en el sentido tradicional del término.

Prosigue con aquellos beneficiarios de protección internacional en relación a lo que establece que el Estatuto jurídico de los refugiados con respecto a la reagrupación familiar, siendo más favorable que en el resto de los nacionales extracomunitarios de la Unión Europea, aunque no debe pasarse por alto que varios obstáculos a menudo hacen que este derecho sea ineficaz en la práctica.

Por último, el desarrollo que realiza respecto a la compatibilidad de la normativa sobre protección internacional con los artículos 8 y 14 del CEDH señala que las diferenciaciones que se aluden respecto a los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria a nivel comunitario y nacional y la distinción hecha en el Reglamento Dublín III, la directiva sobre reagrupación familiar y en varios casos, por la normativa nacional de un Estado miembro en relación con las familias creadas antes o después de la partida del solicitante o beneficiario de la protección de origen, resultaría incompatible con estos artículos ya sea leído en conjunto o aplicación solo del artículo 8 recordándonos que el artículo 14 es un derecho subsidiario que conlleva la prohibición de discriminación en el goce de los derechos de la convención por diferentes razones incluida la discriminación basada en cualquier otra situación.

De ahí que al leerse en conjunto con el artículo 8 protege el derecho al respeto a la vida familiar. Eso sí, hay que entender si el Estatuto de protección subsidiaria podría considerarse otra situación leído esto y si los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria se encuentra en una situación análoga o no.

El desarrollo constitucional y relativo a las cuestiones de titularidad que desarrolla el autor, parte con el reconocimiento en la CE del derecho a la intimidad familiar como así del artículo 16 de la LOEX que precisa que los extranjeros residentes en España tienen derecho a la vida familiar y en la intimidad familiar en la forma prevista en la LOEX y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por España.

Respecto a la vinculación de estos dos derechos, es decir el derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18 de la CE y el derecho a la vida familiar del artículo 16 de la LOEX, existirían dos enfoques doctrinarios que el autor señala específicamente concluyendo luego de un detallado estudio jurisprudencial que el TC sostiene que la CE no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el artículo 8.1 de la CEDH y menos aún el derecho fundamental a la reagrupación familiar pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizados por el artículo 18.1 de la CE.

Del análisis restrictivo que realiza el TC acaba señalando que el artículo 13 de la CE es aquella que señala la titularidad específica de los derechos constitucionales por parte de los extranjeros. Una interpretación literal de esto podría coincidir con lo que ya nos ha señalado el TC en su teoría tri-

partita sobre la titularidad de derechos de los extranjeros en su sentencia 107/1984. Sin embargo, el TC ha ampliado gradualmente el alcance de la categoría de los derechos reforzando ciertos derechos constitucionales al determinar que pertenecen por igual a ciudadanos españoles y extranjeros mientras que la configuración legal debe en cualquier caso respetar el contenido esencial de los derechos y el principio de proporcionalidad.

Para entender mejor este capítulo, el autor facilita la lectura a través del que debe realizarse de los familiares de los ciudadanos comunitarios residentes en España y la definición de los miembros de familia en ciudadano comunitario del artículo 2 del Real Decreto 240/2007 y sus derechos, que como ya hemos señalado hablamos del derecho a entrar salir y residir.

Cabe recordar que el régimen de los familiares de los ciudadanos españoles es una competencia exclusiva del Estado español ya que no existe regulación comunitaria que obliga a los Estados miembros establecer algunas normas particulares con respecto a los familiares.

El autor también señala que respecto a las exigencias mínimas de la directiva sobre reagrupación familiar son respetados en el ordenamiento jurídico español esto se debe principalmente a los estándares bastante bajos de protección que fija la directiva y al hecho de que el sistema de reagrupación familiar en España por lo menos a nivel normativo es bastante amplio. En este sentido coincidimos plenamente con el autor respecto a que la innumerable normativa en las cuales se pueden encontrar diferentes procedimientos y definiciones tanto a la unidad familiar como de reagrupación hacen de manera compleja el acceso a este derecho ya que lleva a confusión a quienes necesitan reagruparse.

Concluye este capítulo que el principal problema en relación con el derecho a la vida familiar en el ordenamiento jurídico español es que, aunque es un derecho garantizado en todos los principales tratados internacionales de Derechos Humanos no encuentra cabida en todo su aspecto en la Constitución española por lo menos entre los derechos que gozan de más garantías.

De este modo habiendo realizado un análisis y lectura detallada de la obra que nos presenta el autor solo cabe transmitir mis felicitaciones a tal exhaustivo y detallado estudio del derecho a la unidad familiar de los extranjeros en estos tres niveles de protección internacional, con un exhaustivo desarrollo de la jurisprudencia también a nivel de tratados internacionales europeos, comunitarios y españoles que permiten tener actualizada la evo-

lución de los distintos criterios de los Tribunales de Justicia en cada uno de estos ámbitos.

La propuesta planteada sobre el enfoque de la definición de familia que nos entrega el autor de poder adoptar una única definición es de vital importancia para el resguardo y protección de las personas extranjeras, solicitantes asilo y/o protección subsidiaria.

La perspectiva que también realiza el autor desde el marco internacional de los derechos fundamentales muestra el respeto a la dignidad de la persona humana, en este caso de aquellos grupos vulnerables como son las personas extranjeras que requieren además protección especial e internacional, dada su condición de vulnerabilidad cuando emigran de un estado a otro, lo cual es recalcado en cada uno de los capítulos y conclusiones que realiza el autor.

La obra que he tenido el privilegio de comentar resulta de lectura obligatoria e indispensable para todos y todas quienes nos dedicamos a la investigación, protección y defensa de los y las personas extranjeras especialmente de aquellos refugiados, solicitantes de asilo y solicitantes de la protección internacional, en resguardo del derecho a la vida familiar.

FERNANDA TORRES VILLARRUBIA
Universidad de Barcelona
e-mail: fernandatorresvill@gmail.com