

LA PROTECCIÓN DE LA UNIDAD FAMILIAR EN CONTEXTOS DE CRISIS MIGRATORIA: LA HISTORIA DE DOS CASOS*

THE PROTECTION OF FAMILY UNITY IN CONTEXTS OF MIGRATION CRISIS: A TALE OF TWO CASES

Encarnación La Spina**

RESUMEN: En el actual contexto de crisis migratoria, el principal desafío al que se enfrentan los Estados europeos es la aplicación coherente de los estándares internacionales de derechos humanos en el sistema inmigración y asilo. Este trabajo propone una retrospectiva sobre la disímil protección del derecho a la unidad familiar de los inmigrantes y los solicitantes de protección internacional que requieren una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden mantener una vida en familia. De este modo, al hilo de dos casos recientes se propone valorar y analizar el alcance de la protección del derecho a la unidad familiar frente a las limitaciones dispuestas *ex lege* en materia de inmigración y asilo en España.

ABSTRACT: *In the current context of migration crisis, the main challenge facing European states is the coherent implementation of immigration and asylum system according to the international standards of human rights. This paper proposes a retrospective on the dissimilar protection of the right to family unity in cases of migrant workers and asylum seekers that require special attention, due to the reasons that forced them to runaway to their country and avoid them to manage their family life. Thus, reviewing two recent cases it is proposed to assess the scope of the limits established by family unit right against the limitations imposed ex lege by the immigration and asylum rules in Spain.*

PALABRAS CLAVE: asilo, inmigración, Derechos Humanos, unidad familiar, España, Unión Europea.

KEY WORDS: asylum, immigration, Human Rights, family unit, Spain, European Union.

Fecha de recepción: 26/05/2016

Fecha de aceptación: 22/12/2016

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3561>

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Diversidad y Convivencia. Los derechos humanos como guía de acción*, DER 2015-65840-R.

** Investigadora postdoctoral del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, referencia FPD1-2013-16413 del programa de contratos de formación postdoctoral de Ministerio de Economía y Competitividad. E-mail: elaspina@deusto.es

1.- INTRODUCCIÓN

La trascendencia jurídica y social de la movilidad humana hacia los países de la Unión Europea, en especial en la cuenca mediterránea, no es ajena a la tensión jurídico política que suscita las limitaciones (estructurales) de la política comunitaria de inmigración y el asilo frente a los derechos humanos. Una tensión que trae causa de la infructuosa delimitación entre dos realidades forzosamente diferenciadas con el propósito de justificar la necesidad de movimiento, la externalización de fronteras y en su caso la posible admisión o no en un Estado. Sobre la base de esta delimitación se han consolidado respuestas jurídicas interesadamente dispares que a la larga han perpetuado un uso reiterativo de la diferencia anclado en la cuestionable voluntariedad o no de la movilidad humana que ambas respectivamente mantienen como señas identificativas para su tratamiento jurídico.

Sin embargo, más allá de su dimensión conceptual con carácter global ha sido el aumento exponencial de los flujos migratorios el que plantea serias dificultades para los Estados en un momento que se ha denominado de "crisis del derecho de asilo"¹ en parte por el miedo persistente al descontrol del *ius migrandi* y la constatación de una nueva realidad menos identificable como son los flujos mixtos. Las percepciones de los Estados sobre la movilidad humana han propiciado una sucesión de limitaciones en la aplicación del derecho de asilo, directa e indirectamente también albergadas en la política de inmigración más preocupada por frenar la clandestinidad o por seleccionar los mismos bajo el pretexto de la seguridad, la integración efectiva e incluso del respeto a un mínimo de convivencia.

Todo ello, obviando como punto de partida que la búsqueda de asilo no deja de ser un proyecto migratorio, y el obstáculo principal al que se enfrentan los Estados es la imposibilidad de darle los estándares de protección requeridos a cada situación migratoria concreta. Sin embargo, los Estados han insistido en mantener dicha diferenciación, y para a ello, se han limitado a minimizar la aplicación de toda protección en base a la identificación propuesta. Así el derecho de asilo se ve perjudicado por la tendencia actual a fortalecer las fronteras y endurecer las posibilidades de acceso a territorios nacionales tanto o más que el *ius migrandi* no autorizado o no reconocido. En un primer momento, el reconocimiento del estatuto de refugiado implicaba una protección bajo el principio de integración del asilado². Hoy las políticas de asilo tienden a fijar límites temporales y

¹ J.DE LUCAS, "Deaths in the Mediterranean: Immigrants and Refugees, from Rights-Bearing Infrasubjects to Security Threats", *Quaderns de la Mediterrània*, 22, 2015, pp. 83-89. E. ORIHUELA CALATAYUD, "Asilo y refugiados: ¿solidaridad o seguridad?", *Anales de Derecho*, nº 22, 2004, pp. 189-222.

² P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, "Las políticas públicas de integración social de los refugiados como obligación internacional y europea, en M. ABAD CASTELAS, M.C.

restringir el contenido del derecho guiado por el mismo afán que inspira los “caprichos” del control y el cierre selectivo de la Europa fortaleza para los inmigrantes económicos o sus familiares.

De este modo, esta aludida necesidad de divergencia ha vertebrado el tratamiento jurídico en compartimentos estancos, respecto al cuestionado mérito del inmigrante económico de reunirse por ejemplo con sus familiares y las reticencias para extender la protección de la vida familiar para los solicitantes de protección internacional. Sin duda, son realidades que por interés se sitúan en los márgenes del derecho, porque plantean desafíos emergentes para una materialización coherente del verdadero alcance del discurso de los derechos humanos en la Unión Europea.

Desde 2008 con el Pacto europeo de Inmigración y Asilo el desarrollo de la llamada política migratoria se ha centrado en la adopción prioritaria de cinco compromisos básicos. Entre otros, organizar la admisión de la inmigración en base a las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro; luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito; reforzar la eficacia de los controles fronterizos; construir la Europa del asilo y por último, establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito con el propósito de favorecer las sinergias entre las migraciones y el desarrollo³.

Ante la grave crisis humanitaria, llamada crisis de los refugiados se ha puesto de manifiesto la magnitud de las limitaciones y la necesidad de una mayor intervención comunitaria acorde con las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por los países de la Unión Europea en torno a dos ejes prioritarios. Primero, la aplicación plena así como coherente del SECA y segundo, el refuerzo del sistema de Dublín ante la disfuncional puesta en práctica de la distribución equitativa de la acogida de refugiados entre los Estados miembros de la Unión Europea. Ambos mandatos derivados del artículo 78.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por el que se articula la construcción del denominado *Sistema Común Europeo de Asilo* han permitido desarrollar una serie de nuevos instrumentos que derogan los adoptados durante la denominada “primera fase” con el fin de mejorar la claridad y la supervisión de la legislación de la Unión Europea⁴. Si bien la Comisión

BARRANCO AVILÉS, M.C. LLAMAZARES CALZADILLA, *Derechos y Minorías*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 163-194.

³ Pacto europeo sobre Inmigración y Asilo de la Unión Europea aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 15 de octubre de 2008. Nº doc. 13440/08 ASIM 72 Bruselas 24 septiembre 2008. Programa de Estocolmo— Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE 2010/C 115/01) ap. 6.1.

⁴ Directiva 2011/95/UE sobre requisitos para el reconocimiento de beneficiarios de protección internacional, y el contenido de la misma; Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional;

Europea ha intensificado estos esfuerzos por medio de un segundo paquete de aplicación de la Agenda Europea de Migración⁵ lo ha hecho precisamente en términos de obligación de resultado dejando así un amplio *laissez-faire* a las autoridades nacionales para decidir la forma y los medios para llevarlo a cabo (Art. 288 TFUE).

Por consiguiente, la consolidación de un amplio margen de maniobra de los Estados permite reducir o posponer los efectos de la armonización legislativa en el sistema de gestión de la inmigración y el asilo de la Unión Europea. Aunque en particular respecto al Sistema Europeo Común de Asilo, la mayor amenaza derivada de la falta de adaptación plena y coherente de las normas europeas comunes sigue siendo la sucesión de realidades conscientemente (des)amparadas por la arquitectura institucional y normativa de los Estados miembros de la Unión Europea⁶.

De ahí que si bien podrían ser muchas las realidades distorsionadas por los efectos de tales políticas llamadas a garantizar preferentemente el control fronterizo, esta propuesta se centrará exclusivamente en aquellas que por su huella gráfica son un ejemplo claro de las deficiencias e incoherencias de las actuales políticas de inmigración y asilo tanto a escala nacional como europea. Los casos de flagrante desprotección de la unidad familiar han suscitado disímiles reacciones e incluso inacciones por parte de los Estados pues se han apresurado a exclamar su indignación o rechazo mostrando una solidaridad mínima sin preguntarse retóricamente por los porqués de esta situación de desprotección o cómo frenarla.

No se trata aquí de proponer un complejo diagnóstico de situación en clave jurídico-política sino de realizar una breve reconstrucción narrativa sobre los hechos que preceden la negación de la protección de la unidad familiar en contextos de crisis migratoria, analizando de forma sucinta las imbricaciones jurídicas de la unidad familiar de los inmigrantes y solicitantes de protección

Directiva 2013/33/UE sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional; Reglamento 603/2013/UE relativo a EURODAC; Reglamento 604/2013/UE sobre determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud (*Dublín III*).

⁵ Comunicación COM (2016) 85 de 10 de febrero de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración. Aplicación de la legislación de la UE Estado de ejecución.

⁶ COM (2015) 240 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Una agenda europea de migración", 13 de mayo de 2015 y P8_TA-PROV(2015)0176, Reunión del Consejo Europeo extraordinario (23 de abril de 2015) – "Recientes tragedias en el Mediterráneo y políticas de inmigración y asilo de la UE" (B8-0367, 0378, 0380 y 0384/2015) Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de abril de 2015, sobre las recientes tragedias en el Mediterráneo y las políticas de inmigración y asilo de la UE (2015/2660(RSP). Comunicación COM (2016) 85 de 10 de febrero de 2016, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración. Aplicación de la legislación de la UE Estado de ejecución.

internacional en España.

2.- LA SIGNIFICACIÓN *STRICTO SENSU* DE LA NECESIDAD DE PROTEGER A LA UNIDAD FAMILIAR

La reconstitución o mantenimiento de la unidad familiar de los nacionales de terceros Estados ya sean inmigrantes económicos o solicitantes de protección internacional recibe dos acepciones. Por una parte y de forma genérica, ésta describe la totalidad de los posibles derechos en juego con vistas al desarrollo normal de la vida familiar, esto es, protege a los miembros de la familia tanto frente a la admisión como a la expulsión de su círculo familiar. Sin embargo, por otra parte en su significación específica, por el término inglés *family unity*, se entiende solo el mantenimiento de la unidad familiar por lo que dicha acepción no engloba propiamente la reagrupación familiar sino más bien exclusivamente aquellas injerencias que producen la separación de un núcleo familiar ya formado en destino⁷. La diferencia trazada entre ambas dimensiones conceptuales puede ser contraproducente si como bien advierte Bhabha, estas generan “una misma interrupción de la unidad familiar” pues la separación de la familia por la expulsión de un progenitor, en el caso de los menores puede ser tan devastadora como la negación del derecho a su reagrupación familiar⁸.

De este modo, más allá de tales disquisiciones conceptuales, la reagrupación familiar, en el ámbito interno e internacional, conlleva la reunión con el residente en un país del que no es nacional, de los miembros más próximos de su familia, residentes en un país distinto, en condiciones más favorables que los demás extranjeros. Tal noción ha sido adoptada formalmente, en concreto por una disposición comunitaria de Derecho derivado, la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, “la entrada y residencia a un Estado miembro de los familiares de un nacional de un tercer país que reside legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante”⁹. Y su ámbito de aplicación personal abarca tanto a los familiares de un nacional de un tercer estado residente como a los

⁷ K. JASTRAM, “Family Unity” in T.A. ALEINIKOFF, *Migration and International Legal Norms*, Asser press, The Hague, 2003, pp. 185-201, p. 185.

⁸ J. BHABHA, “Children, Migration and international norms”, in T.A. ALEINKOFF, and V. CHETAIL, eds. *Migration and International legal Norms*, Asser Press, The Hague, 2003, p. 203-223, en concreto p. 223.

⁹ Artículo 2 d). de la Directiva 2003/86/CE y los comentarios de G. BRINKMANN, “Family reunion, Third Country Nationals and the Community’s New Powers”, in E. GUILD, C. HARLOW, *Implementing Amsterdam, Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, p. 241-266, en concreto p. 241-242. Vid. A. QUIRÓS FONS, “Derecho Comunitario de extranjería. Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español”, *Anales de Derecho*, nº 21, Murcia, 2003, pp. 383-415, en concreto p.406.

familiares de quién tenga reconocido el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria. En cualquier caso, como bien indica el Informe de la Comisión de Expertos, correspondiente a las Actas de la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 87ª sesión de 1999, la definición de reagrupación familiar se complica pues la posibilidad real de reunión depende de la existencia de un alojamiento adecuado, de un título de residencia determinado y de la disponibilidad de recursos suficientes para cubrir las necesidades cotidianas¹⁰.

La relevancia jurídica y la dimensión internacional del derecho a la vida en familia o unidad familiar queda además determinada a título ilustrativo por:

1- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950,) cuyo artículo 8 es fundamental al reconocer a toda persona el derecho a que se respete su vida privada y familiar¹¹. Este precepto ha sido ampliamente completado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹².

2- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que tras asegurar en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias, entre otras, en su vida privada y su familia, señala en su artículo 16.3 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

3- Otros tratados internacionales de especial relevancia en el reconocimiento y garantía de derechos humanos y fundamentales, se ocupan del reconocimiento del derecho a la vida en familia, en la línea iniciada por la DUDH. Así, el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), así como el 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), insisten, en el mismo sentido, en la importancia de conceder a la familia "la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

¹⁰ International Labour Conference, 87th session Migrant workers, Geneva, June 1999, en concreto par. 487, p. 212 del Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes, revisado, 1949 (núm. 97) y la recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) 1975 (núm. 143 y la Recomendación (núm. 151).

¹¹ J.M. CORTES MARTIN, "Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne : un droit à géométrie variable?", *Revue du droit de l'Union européenne*, n.4, 2005, pp. 721-759, esp. p. 723.

¹²Vid. Sentencia TEDH de 28 de noviembre de 1996 Ahmut/ Países Bajos (Recueil des arrêts et décisions 1996-VI apartados 63 y 67). Sentencia del TEDH de 28 de mayo de 1985, Abdulaziz, Cabales y Balkandali/ Reino Unido (Series A nº 94) Ahmut c. Pays bas du 28 novembre 1996, recueil des arrêts et décisions, 63. STEDH Sen/Países Bajos de 21 de diciembre de 2001, nº 31465796. STEDH 1 de diciembre de 2005 asunto Tuquabo-Tekle c. Países Bajos. Sentencia del TEDH de 31 de julio 2008 asunto Darren Omoregie y otros /Noruega demanda nº 265/07 apartado 57 y TEDH 31 de enero de 2006, caso Rodrigues da Silva et Hoojkamer c. Pays-Bas- requête nº 50435199. Sentencia TEDH caso Biao v. Dinamarca de 25 de marzo 2014 (Application no. 38590/10), párr. 76 a 102.

4- Otros textos promovidos por Naciones Unidas, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) que recoge en su artículo 10.1 en el caso de los menores que la solicitud del derecho a la reunificación familiar sea atendida de modo positivo, humanitario y expeditivo; por su parte el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias (1990), se ocupa en su artículo 44 de reconocer el derecho a la reagrupación familiar, si bien no puede dejar de señalarse que, de momento, la relevancia de este último convenio es relativa en el ámbito de la Unión Europea puesto que ninguno de sus Estados, tampoco España, lo han ratificado aunque entró en vigor en julio de 2003.

5- La Carta Social Europea (1961 y su versión revisada de 1999), en el ámbito del Consejo de Europa, en su artículo 16 al ocuparse de las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, entendiendo ésta como un pilar central de la sociedad. Más adelante el artículo 19.6 establece expresamente el compromiso de "facilitar la reagrupación de los trabajadores extranjeros a los que se les permite establecerse en el territorio del Estado parte". Desde una perspectiva semejante, el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante reconoce en su artículo 12.1 el derecho a la reagrupación familiar.

6- Más recientemente, junto a labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹³, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 7 estableció el respeto a la vida privada y familiar señalando que es atribuible a toda persona, junto con la garantía de la privacidad de su domicilio y de sus comunicaciones¹⁴.

Si bien este estándar mínimo exigible para la protección de la unidad familiar es vinculante, cada Estado articula o modula el marco jurídico que protege el desarrollo de la vida familiar de los

¹³ Vid. la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho a la vida familiar en la Unión: sentencia TJUE 18 de mayo de 1989, Comisión-República Federal de Alemania, (C-249/86), p. 9,10 y 11; sentencia TJUE de 27 de octubre de 1982, Morson, (C-35/82), p.18; sentencia TJUE de 7 de julio de 1992, Singh, (C-370/90), p. 20; sentencia TJUE de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. P. I- 6279), p. 38 y 42; sentencia TJUE de 11 de abril de 2000, Arben Kaba, (C-466/00), p. 25; sentencia TJUE asunto Akrich C-109/01 de 23 septiembre 2003, p. 55, 56, 58, 59, 60; sentencia TJUE 11 de septiembre de 2002 Baumbast (C-413/99) , p. 71-75, sentencia TJUE de 25 de julio de 2002, Mrax (C-459/99), p. 53; sentencia TJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, (C-148/02), p. 21; sentencia TJUE de 19 de octubre de 2004, Chen, (C-200/02), p. 45; sentencia TJUE de 17 de abril de 1997, Kadiman, (C-351/95), p. 54 y sentencia TJUE de 30 de septiembre de 1987, Demirel, (C-12/86), p. 28 y sentencia TJUE de 8 de marzo de 2011 Zambrano, (C-34/09). TJUE 27 de junio de 2006, 540/03, par. 22 -23. TJUE 4 de marzo 2010 Rhimou Chakroun / Minister van Buitenlandse Zaken (C-578/08) DO C 55, de 7.3.2009. TJUE 10 de julio de 2014, C- 138-13, Naime Dogan c. Bundesrepublik Deutschland. punto 37 -38.

¹⁴ T. STRIK, T.; B. DE HART, B. NIESSEN, *Family reunification: a barrier or facilitator or integration? A comparative study*, European Commission, Brussels, 2013.

inmigrantes y solicitantes de protección internacional en función del lugar dónde se encuentren¹⁵.

Así, es posible derivar de una lectura del marco jurídico nacional, que no solo es posible diferenciar semánticamente que la situación familiar de un nacional y de un extranjero pueda regirse por diferentes criterios y reglas sino que incluso es admisible un calificativo diverso para regular o condicionar una misma realidad fáctica: la vida en familia¹⁶. Y, por otra parte, se legitima una regulación diferenciada según las distintas categorías de sujetos que pretenden reunirse con su núcleo familiar. Éstas, pueden ser bien ciudadanos de terceros Estados o refugiados, en principio destinatarios de reglas más favorables dada su situación de vulnerabilidad, ciudadanos nacionales con familiares extracomunitarios o bien ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea.

3.-“EL NIÑO DE LA PLAYA”: LA EXTENSIÓN FAMILIAR UNA EXCEPCIÓN DENTRO DE UN SISTEMA DE ASILO DISFUNCIONAL

Hace unos meses el poder mediático de la imagen de un niño que yacía en la playa se convirtió en símbolo del drama del asilo en Europa. El pequeño Aylan junto a su familia emprendieron un viaje forzados por el conflicto en Siria y las barreras legales impuestas por la negativa recibida a una previa solicitud de asilo ante las autoridades canadienses. El protocolo por el que pidieron asilo en Canadá, país donde reside una hermana del padre de Aylan desde hace 20 años fue a través del visado G5 según el cual los refugiados serán aceptados si cuentan con “el patrocinio” de cinco o más ciudadanos canadienses que tengan la capacidad de proporcionarles apoyo “económico y emocional”. La hermana del padre de Aylan

¹⁵ Nótese, como la mayoría de instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos, si bien apuntan el término *family reunification*, es más común la referencia a la familia. Vid. United Nations High Commissioner for Human Rights and the Department for Economic and Social affairs: *The family in international and regional human rights instruments*, New York and Geneva, 1999, p. 5-16. Aunque hay otros autores V. CHETAIL, “Migration, droits et souveraineté” en V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 13-133, en concreto, p. 19 que utilizan los términos migrante y extranjero indiferentemente, si bien no tienen la misma significación extranjero se define por oposición a nacional y migrante hace referencia al movimiento.

¹⁶ Vid. K. JASTRAM, *Family Unity*, op. cit., esp. p. 186. Human Rights Committee, 27th session, 1986, General Comment nº 15 on the Position of Aliens under the Covenant, par. 7, 11 april 1986. Vid. también UN DOC. E/CN.4/2001/83, par. 24 (9 January 2001), Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants. UNHCR. Refugee family reunification: UNHCR’s response to the European Commission Green Paper on the Right to Family Reunification of third country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/EC), UNHCR, Brussels, 2012.

residente en Canadá había tratado de hacer posible sin éxito la extensión familiar del asilo a sus familiares, lo que podía suponer el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante y sus dependientes o familiares en caso de resolución favorable. A pesar de cumplir con los requisitos, su petición fue rechazada por el ministerio de Inmigración en junio por “las complicaciones” existentes a la hora de gestionar las solicitudes que llegaban desde Turquía¹⁷.

Si bien esta imagen ha trascendido en la opinión pública son muchos otros los casos dentro de la circunscripción territorial de la Unión Europea o del Estado español que penden de una decisión similar. Por ejemplo, según los datos del informe anual del Defensor del Pueblo 2014 y 2015 por citar algunos de los más contemporáneos a la crisis migratoria están el de la mujer de un somalí refugiado en España que pidió en la Embajada española en El Cairo (Egipto) la extensión familiar del estatuto en el año 2012. Dos años después, seguía sin resolverse y lo mismo ocurre con las solicitudes de extensión familiar presentadas para aquellas reunificaciones familiares con el cónyuge, cuando el matrimonio se hubiera celebrado con posterioridad a la concesión de la protección internacional, que también se han paralizado. Este es el caso de la esposa, los hijos y la madre de un refugiado sirio residente en España que, desde Damasco (Siria) solicitaron en diciembre de 2013 reunificarse en España con su pariente, al que se había concedido previamente protección internacional. En cualquier caso, la rigidez del sistema para la reunificación familiar de personas con necesidades de protección internacional se ha detectado nuevamente en otro caso de concesión de la extensión familiar a dos hijos menores de edad de una refugiada de Sudán, y la posterior denegación a otro de sus hijos que ya había alcanzado la mayoría de edad (Informe del Defensor del Pueblo 2015).

Si bien España como Estado miembro de la Unión Europea no dispone de la figura del patrocinio canadiense¹⁸ si es interesante ver los mecanismos legales previstos para obtener el estatuto de refugiado por extensión familiar o para solicitar la reagrupación familiar por parte del familiar del beneficiario de protección internacional que se encuentra en España. Al respecto cabe una revisión sucinta y conjunta del sistema europeo de asilo¹⁹ y también

¹⁷ J. DE LUCAS, *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, esp. p. 134-138.

¹⁸ R. GARCÍA MAHAMUT, “Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y España a la luz de la nueva Ley de asilo y de la protección subsidiaria”, *UNED Revista de Derechos Políticos*, nº78, 2010, pp. 43-93.

¹⁹ A. SOLANES CORELLA, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 90, 2010b, pp. 77-101, esp. p. 86.

del marco normativo dispuesto por la Ley 12/2009²⁰ que sigue sin contar con el debido desarrollo reglamentario²¹. Todo ello, sin perjuicio de los problemas derivados de la falta de un protocolo de actuación para facilitar el acceso en España a los familiares de ciudadanos que ya son beneficiarios de protección internacional, sin esperar a la resolución del expediente de extensión familiar²².

3.1.- A vueltas con las disfunciones de la unidad familiar y la reagrupación familiar en la Ley 12/2009

Si bien la Convención del Estatuto de los Refugiados no incorpora el derecho a la reagrupación familiar de forma expresa, ha sido advertida su importancia por la Conferencia de Plenipotenciarios, que adoptó en 1951 la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiado²³. En este caso, abiertamente, en clave de *desideratum* se refiere a la unidad familiar, como un derecho esencial para los refugiados, pues dicha unidad se halla constantemente amenazada. De ahí que recomienda a los Estados, la adopción de las medidas necesarias para la protección de la familia de los refugiados, en modo particular cuando el cabeza de familia, cumple las condiciones necesarias para ser admitido en un país determinado. Desde una perspectiva formalista, tal recomendación hecha, con motivo de una Acta Final de una Conferencia Diplomática, no tiene una consideración *stricto sensu* de norma jurídica²⁴, pero muestra el

²⁰ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

²¹ Dicha Ley se desarrolla actualmente por el desfasado Reglamento 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; que a su vez ha sido modificado por el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio; por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre y por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Una de las cuestiones normativas pendientes es el desarrollo reglamentario ajustado a la mencionada Ley 12/2009, para completar el sistema de garantías.

²² Recomendación de 30 de noviembre, formulada ante la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios, sobre la creación de un protocolo de actuación para facilitar el acceso a España a los familiares de ciudadanos que ya son beneficiarios de protección internacional.

²³ Vid. Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/INF/29/Rev.3, pp. 5-9. El texto completo de esta Acta puede verse en el libro Collection of International Instruments concerning Refugees publicado por la Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, 1990, p. 37 y 38. Vid. J. VEDSTED-HANSEN, "Migration and the right to family and private life", in V. CHETAIL, *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 690- 722, p. 716-717. Vid. J. V. HATHAWAY, *The rights of refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 533-546.

²⁴ Vid. P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *El derecho de reagrupamiento familiar de los extranjeros, Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº 1, 2001, pp. 375- 394, esp. p. 377.

interés de la mayoría de los Estados para que los derechos del refugiado sean extensibles a su familia.

En virtud de estas previsiones solemnes, la reagrupación familiar se ha convertido de forma paulatina en una de las prioridades de la labor desempeñada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que recalca el derecho de todo ser humano a vivir en familia. En concreto, ha señalado en dos de sus Conclusiones sobre la Protección Internacional de los refugiados²⁵, la importancia del principio de unidad familiar y en virtud de razones humanitarias exige asegurar la reagrupación de los refugiados y otros migrantes involuntarios y sus familiares. Si bien el derecho a la unidad familiar se aplica a todos sin importar su condición, el Comité de Derechos Humanos, claramente protege a las personas refugiadas exigiendo la necesidad de medidas apropiadas "para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares". El derecho a la unidad familiar de los solicitantes de protección internacional no depende de que el Estado en cuestión sea parte de la Convención de 1951 y tampoco es determinante que la Convención carezca de una disposición específica sobre la unidad familiar pues esta sí le brinda protección en varios artículos. La médula del derecho a la reunificación familiar en el derecho internacional de los derechos humanos se halla en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 10(1) codifica el derecho a la reunificación familiar para hijos menores y sus padres a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9. Toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. La obligación así impuesta de asegurar la unidad de las familias dentro del Estado también determina la acción del Estado con respecto a las familias divididas por sus fronteras. En segundo lugar, mientras la obligación de permitir la partida recurre al sólido derecho a dejar cualquier país, la reunificación familiar puede requerir un deber correspondiente de permitir la entrada. En tercer lugar, los niños y los padres tienen igual estatus en un derecho mutuo; es decir cualquiera de ellos tiene derecho a unirse a los otros.

Uno de las mayores retos que se plantean respecto al estatuto legal de los solicitantes de asilo, es la dificultad de determinar si deben disfrutar del derecho a la unidad y en su caso la reunificación

²⁵ Vid. Executive Committee Conclusions n°1 (XXVI) 1975 (f); n°9 (XXVIII) 1977; n°24 (XXXII) 1981; n° 84 (XLVIII) 1997; n° 85 (XLIX) 1998 (u)-(x); n° 88 (I) 1999. Conclusions on the International Protection of Refugees, n° 9 adopted during its session of 1977 (XXVIII) United Nations General Assembly Document n° 12 A A/32/12./Add.1, Family reunion, point a). Conclusions on the International Protection of Refugees, n° 24 adopted during its session of 1981 (XXXII), Family reunification, point (1), United Nations General Assembly Document n° 12 A A/36/12/add.1.

familiar, o cuál Estado es el responsable de hacerla realidad. A nivel europeo, el marco legal se configura entorno a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para conceder o retirar la condición de refugiado, modificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de mayo de 2008, establece una estructura de niveles mínimos para toda la Unión Europea mediante una serie de garantías destinadas a lograr que el procedimiento sea justo y eficiente²⁶. La Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional tiene por objeto establecer procedimientos para conceder dicha protección conforme a la mencionada Directiva 2011/95/UE, de tal forma que, como se pretende desde los inicios del SECA, los casos similares reciban un trato semejante y produzcan el mismo resultado²⁷. Junto a ella se encuentra la Directiva 2013/33/UE Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido). Sin embargo, la respuesta a la pregunta inicial confluye en los términos del Reglamento Dublín²⁸ y recae sobre el Estado responsable evaluar la solicitud de acuerdo al artículo 10 en las situaciones en que un solicitante de asilo de un pariente cercano en un Estado de la Unión Europea, es un refugiado reconocido con arreglo a la Convención de 1951²⁹. Y, viceversa si los miembros de la familia son los beneficiarios de protección internacional el artículo 9 precisa que ese mismo Estado lo será independientemente del hecho de que la familia se hubiera constituido previamente en el país de origen siempre que los interesados hubieran manifestado por escrito que así lo desean. Respecto al procedimiento fijado por el artículo 11, en caso de que varios miembros de una familia, y/o los hermanos menores solteros presenten una solicitud de protección internacional en un mismo Estado miembro simultáneamente o en fechas suficientemente cercanas, los procedimientos de determinación del Estado miembro responsable pueden desarrollarse conjuntamente, y si la aplicación de los criterios mencionados en el presente Reglamento tuviera como

²⁶ Diario Oficial de la Unión Europea L 326/13, de 13 de diciembre de 2005. Corrección de errores en Diario Oficial de la Unión Europea L 236/35, de 31 de agosto de 2006.

²⁷ A. SOLANES CORELLA, "Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española", *Anuario de la Facultad de Derecho*, VII, 2014, pp. 181-210, esp. p. 190-208.

²⁸ Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.

²⁹ N. ARENAS HIDALGO, "El derecho de asilo en el marco de las políticas comunitarias de contención de flujos migratorios. Tendencias tras veinte años de armonización", *Revista de Estudios Europeos*, 2008, pp. 125-146, esp. p. 140 y ss.

consecuencia su separación, el Estado miembro responsable será aquel que se hace cargo de la mayoría de ellos o en su defecto quién sea responsable del examen de la solicitud del de mayor edad.

Desafortunadamente, en vista de la lentitud de los procedimientos y los retrasos consiguientes en la reunificación, los familiares en estados diferentes cuyas solicitudes de asilo están en curso no se benefician de esta resolución conjunta. Básicamente porque las familias de solicitantes de protección internacional frecuentemente se separan a causa de las circunstancias de su huida, su derecho a la unidad familiar a menudo sólo puede respetarse mediante la reunificación familiar en un país de asilo. Así, el derecho a la reunificación familiar reside en la intersección entre el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados. Y, son precisamente los elementos específicos de la implementación de este derecho, aquellos que sin embargo, varían considerablemente entre países³⁰. Como bien señala Hernández, el problema puede estar en la propia concepción de lo que se interpreta como familia, que puede ser más o menos amplia aunque el derecho de reunificación familiar se contempla como un derecho del estatuto del refugiado de ahí que una vez obtenido tal estatuto la separación forzada es considerada como una violación del Derecho Internacional³¹. Por tanto, las situaciones familiares susceptibles de mayor desprotección son las de los solicitantes de asilo o familiares en régimen de protección subsidiaria.

En el ámbito español, la reagrupación familiar de solicitantes de asilo está directamente relacionada con la entrada y la residencia de los familiares reagrupados en España, por lo que la competencia para su regulación y para el otorgamiento de las distintas autorizaciones queda reservada exclusivamente al Estado en virtud del art. 149.1.2 CE. La Ley 12/2009 incorpora, como novedad, un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria amparado por las previsiones de la Directiva 2003/86/CE³². Respecto a la reagrupación familiar de los refugiados, los países de la UE no podrán imponer condiciones relativas a una estancia de duración mínima en el territorio antes de reagrupar a los miembros de sus familias con ellos. Asimismo, los refugiados están exentos de cumplir las condiciones mencionadas relativas a vivienda, seguro de enfermedad y recursos si la solicitud de reagrupación familiar se presenta en un plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado.

³⁰ K. JASTRAM, K. NEWLAND, *La unidad familiar y la protección de los refugiados*. Acta Final de la conferencia de la ONU de 1951, pp. 616-669, esp. p. 650-669.

³¹ S. STARR, & L. BRILMAYER, "Family Separation as a Violation of International Law", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 213-287.

³² A. SOLANES CORELLA, "Un decálogo sobre la crisis del asilo en España", *Sistema*, nº 218, 2010a, pp. 103-122.

El procedimiento dispuesto se configura como una alternativa a la extensión familiar de derecho de asilo que, hasta ahora, constituía la única opción para las personas refugiadas. Asimismo, pretende dar una respuesta más eficaz a los casos en que las personas integrantes de la unidad familiar de la persona protegida no requieren de protección, pero sí de un régimen de residencia y prestaciones que permitan el mantenimiento de la unidad familiar en condiciones óptimas. Si bien el artículo 39 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria lleva a cabo un tratamiento específico de la unidad familiar de las personas beneficiarias de protección internacional, la falta de desarrollo reglamentario de tal ley genera disfunciones y demoras de hasta tres años en los procedimientos para el reconocimiento de asilo o protección internacional. Una de las "disfunciones" mayores que señala el informe del Defensor del Pueblo 2014 se refieren a la tramitación de los expedientes de extensión del asilo, es decir, aquellos que inician los familiares de solicitantes de protección internacional que ya están en España para, bajo el paraguas de esta protección, sus familiares puedan viajar a su encuentro al país que le ha concedido dicho estatuto.

Por tanto, a pesar que el artículo 40 de la Ley de asilo mantiene igual que su predecesora el restablecimiento de la unidad familiar de las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria ello se podrá garantizar *a priori* mediante la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria³³. La Ley 12/2009 introduce por el artículo 41 como complemento a la extensión familiar la posibilidad de que las personas refugiadas y beneficiarias de protección subsidiaria puedan reagrupar a sus familiares. De este modo y haciendo abstracción, los refugiados, y beneficiarios de protección subsidiaria que quieran reunir con ellos a sus familiares tienen dos opciones:

a) Por extensión familiar a sus ascendientes y descendientes en primer grado, excepto en los supuestos de independencia familiar, mayoría de edad y diferente nacionalidad. En los casos en que no pueda determinarse sin dudas la relación de parentesco con ascendientes y descendientes ésta deberá probarse mediante las pruebas científicas que sean necesarias³⁴. Asimismo, por extensión familiar, también podrá obtener el derecho de asilo o la protección subsidiaria su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad o convivencia, excepto en los supuestos de divorcio, separación legal, separación de hecho, diferente nacionalidad o concesión del estatuto de refugiado en razón de

³³ Artículo 40 modificado conforme establece la disposición final tercera de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado («B.O.E.» 26 marzo). Vigencia: 27 marzo 2014.

³⁴ E. LA SPINA, "DNA testing for Family Reunification in Europe. An exceptional Resource?". *Revista Migraciones internacionales*, 22, 6, núm. 3, 2012, pp. 39-74.

género. Se aplicará lo mismo cuando en el expediente de la solicitud quede acreditado que la persona ha sufrido o tenido temores fundados de sufrir persecución singularizada por violencia de género por parte de su cónyuge o conviviente. Y, de igual modo, podrá también concederse asilo o protección subsidiaria por extensión familiar a otros miembros de la familia siempre que resulte suficientemente establecida la dependencia respecto de aquéllas y la existencia de convivencia previa en el país de origen. La tramitación de este tipo de solicitudes se llevará a cabo por la oficina de Asilo y Refugio -art. 40.3 Ley 12/2009-. La forma de proceder es la siguiente: una vez instruidas, se procederá a elevar la propuesta de resolución al Ministro del Interior, previo estudio por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio -art. 40.3 *in fine* Ley 12/2009. La protección internacional por extensión familiar se denegará -art. 41.5 Ley 12/2009- cuando se trate de personas que hayan cometido delitos de especial gravedad o existan motivos fundados para considerarlas muy peligrosas o constituyan una amenaza para la comunidad y para la seguridad exterior e interior del país -arts. 8.2 y 3 y arts. 9, 11 y 12 Ley 12/2009-.

b) Y, como alternativa a la extensión familiar, el art. 41.1 prevé la posibilidad de que los refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria sin solicitar la extensión del estatuto de que disfruten, soliciten la reagrupación familiar de sus familiares en análogas condiciones a las que disfrutaban en el territorio de acogida. Una opción que a diferencia del régimen general de extranjería es válida incluso si los familiares mencionadas anteriormente, ya se encontraran en España. Dicha reagrupación será siempre aplicable incluso cuando los beneficiarios sean de nacionalidad diferente a la persona refugiada o beneficiarios de protección subsidiaria. Este supuesto, que deberá ser desarrollado reglamentariamente, implica que no se exigirá a los refugiados o beneficiarios de la protección subsidiaria, ni tampoco a los beneficiarios de la reagrupación familiar, los requisitos establecidos en la normativa vigente de extranjería e inmigración. La resolución mediante la cual se acuerde la reagrupación familiar implicará la concesión de una autorización de residencia y, en su caso, de trabajo, de análoga validez a la de la persona reagrupante. Por consiguiente, la reagrupación familiar podrá ejercerse una única vez, sin que las personas que hubieran sido reagrupadas y obtenido autorización para residir en España en virtud de lo dispuesto anteriormente puedan solicitar reagrupaciones sucesivas de sus familiares.

4.- “EL NIÑO DE LA MALETA”: LA CRÓNICA ANUNCIADA DE UN RÉGIMEN DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR FALLIDO

La noticia que acompaña la imagen de un cuerpo acurrucado en un *trolley* traspasado por los rayos del escáner del control del Tarajal (Ceuta) dio la vuelta al mundo. Sobre la trayectoria del niño que se

presenta como “Je m’appelle Adou”, los medios han narrado como se ha desmembrado su familia. Primero su padre, Alí, que logró alcanzar las costas de las Islas Canarias hace nueve años, seguido de su hermano mayor, Ismael, luego su madre, Lucille, y su hermana Miriam, de 11 años, que salieron con algo menos de dos años para reunirse con Alí en Puerto del Rosario (Fuerteventura). Y, por último, la abuela, con quien vivía el pequeño Adou en Costa de Marfil y cuya muerte precipitó el viaje de este a España. Junto a esta concisa referencia a su círculo familiar antes de que le interceptaran en el paso fronterizo del Tarajal, existe otra parte de la historia con implicaciones jurídicas relevantes. Alí, el padre y solicitante de reagrupación familiar—tenía un contrato de trabajo desde hacía siete años con ingresos de 1.275 euros mensuales y permiso de residencia en España— había solicitado a la delegación de Gobierno de Las Palmas el reagrupamiento familiar. La resolución administrativa indicaba que “las nóminas aportadas no cubren el importe requerido para el sostenimiento de los cuatro miembros que formarían la unidad familiar, esto es 1.331 euros/mes” si bien sí vivía con su mujer y su hija pequeña, “en un piso de dos habitaciones, cocina americana y baño independiente por el que pagaba un alquiler de 300 euros”. La negativa a la autorización de residencia por reagrupación familiar, marcó la decisión de viajar de forma alternativa. El desenlace de la historia coincide con la salida del pequeño de 8 años del centro de acogida Mediterráneo, en Ceuta, de la mano de su madre previo sometimiento a las pruebas de ADN para confirmar el vínculo familiar entre ambos y también con su padre, hasta ese momento en prisión.

Tomando como ejemplo la historia del pequeño Alou he aquí un paradigma de cómo las actuales políticas de inmigración en el ámbito europeo lejos de facilitar los procesos de reagrupación familiar hacen todo lo contrario. En un contexto migratorio, la familia representa un supuesto polivalente cuando no problemático ante el que es necesario establecer limitaciones, restricciones y condicionantes significativos para contener la llegada, la permanencia, la integración así como la reunión de los migrantes y sus familiares. Así, se plasma en el nivel europeo con instrumentos como la Directiva 2003/86/CE³⁵ y el Libro verde COM (2011) 735 final que dan cuenta como representa más del 50% del total de la inmigración legal en los Estados miembros. Un porcentaje que asciende a alrededor de un tercio de toda la inmigración en la Unión Europea, con un evidente decrecimiento parejo al de las entradas por motivos laborales³⁶.

³⁵ Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003. DOUE L 251/12 3.10.2003.

³⁶ COM (2011) 735 final, de 15 de noviembre de 2011, Libro verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE).

3.1. A vueltas con las limitaciones al derecho de reagrupación familiar en el ordenamiento jurídico español

Los Estados, entre ellos por ejemplo España, han reelaborado a nivel interno una serie de limitaciones aprobadas en el seno de la Unión europea por medio de la ley de extranjería³⁷. Ahora bien estas limitaciones no pueden desatender el estándar mínimo exigible de derechos humanos que rige a la hora de considerar de modo directo y exclusivo que serán reagrupantes aquellos extranjeros titulares de la carta de residencia, es decir, en situación de regularidad cualificada esto es aquellos que se encuentran en una determinada situación administrativa. En efecto, según el artículo 18 “podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial”, con excepción de los familiares del artículo 17.1 d) de esta ley, que solo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración”. Por tanto, niega *a priori*, la posibilidad del disfrute de la vida familiar no solo a los extranjeros irregulares que están excluidos de buena parte de los derechos, sino también a los extranjeros con permisos de corta duración, es decir, inferiores a un año y que no tengan solicitada la autorización para residir por al menos otro año más³⁸.

³⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero), incluyendo las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre. corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001), por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre), por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre), por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio (BOE núm. 180, de 28 de julio), por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (BOE núm. 98, de 24 de abril), por la sentencia 17/2013, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 49, de 26 de febrero), por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (BOE núm. 155, de 29 de junio), por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo) y por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (BOE núm. 119, de 19 de mayo). En adelante LODEX, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril por el que se aprueba el reglamento de la ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por ley orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril. corrección de errores en BOE núm. 145, de 18 de junio), incluyendo las modificaciones introducidas por la sentencia de 12 de marzo de 2013 del Tribunal Supremo (BOE núm. 98, de 24 de abril), por la sentencia de 11 de junio de 2013 del Tribunal Supremo (BOE núm. 174, de 22 de julio), por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre (BOE núm. 262, de 1 de noviembre) y por el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo (BOE núm. 64, de 15 de marzo). En adelante RELODEX.

³⁸ D. MARÍN CONSARNAU, “Las autorizaciones de residencia por motivos familiares: la residencia temporal por reagrupación familiar y la residencia del hijo del residente”, en D. BOZA MARTINEZ; F.J. DONAIRE VILLA, Y D. MOYA MALAPEIRA, (coord.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*

Una ulterior precisión a propósito del reagrupante se fija en la última reforma de la ley. Se establece un diferencial de tiempos para reagrupar el ascendiente reagrupado y otros familiares, en concreto para el primero se requiere la tenencia de una autorización de residencia de larga duración por parte del residente reagrupante. Por otra parte, se añaden dos excepciones al plazo temporal fijado en el caso de los residentes de larga duración de la Unión Europea y los investigadores altamente cualificados.

Como contraparte, los familiares objeto de reagrupación, los denominados reagrupados, tienen la calidad de meros beneficiarios o sujetos "pacientes-no pasivos" del derecho a la vida familiar por varias razones:

1. En primer lugar, se mantiene el principio de que los familiares de los que pretenden reagruparse se encuentren fuera del territorio del Estado miembro, salvo excepciones previstas por los Estados.

2. En segundo lugar, aunque se prevé la posibilidad de reagrupar a los descendientes, se limita a los hijos menores de edad ya que los mayores de edad solo podrán serlo por motivos de salud.

Si bien no se han incorporado algunas de las máximas comunitarias³⁹ como por ejemplo la posibilidad de limitar artículo 4.4 de la Directiva la reagrupación familiar de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. O incluso la previsión del artículo 4.5 de la directiva requiriendo una edad mínima, sin que esta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante y del artículo 16.1 de la directiva a *sensu contrario* sobre la posible denegación de la solicitud cuando un reagrupante y el miembro de la familia no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva. El concepto de familia objeto de reagrupación familiar en el caso de Adou sí recoge diferentes particularidades que se pueden constatar en la práctica:

- 1-. Un aspecto clave de la configuración familiar nuclear es la falsa amplitud de la categoría de hijos pese a la admisión como familiar reagrupable de los hijos no casados a cargo del reagrupante o de su cónyuge o situación de afectividad análoga, incluso nacidos fuera del matrimonio o de una unión de hecho registrada o no. La normativa solo se refiere a los hijos menores de edad, excluyendo a los mayores de edad pese a ser dependientes y no ampliando la franja de edad hasta los 21 años como sí se admite con los hijos de familiares comunitarios. Aunque estos hijos pueden haber nacido de la unión con el cónyuge con quien se pretende reagrupar así como de

(*Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 262-286. M.P. DIAGO DIAGO, "La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la "pareja de hecho" en la enésima modificación de la Ley 4/2000", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2011, núm. 26, pp. 18-22.

³⁹ Y. PASCOUAT, *Conditions for family reunification under strain. A comparative study in nine EU member states*, European Policy Centre, Bruxelles, 2011, p.24.

sus anteriores o sucesivos matrimonios, siempre que cumplan ciertos requisitos adicionales. Es especialmente reseñable el hecho de que se exige un requisito de carácter puramente material, como es que tales hijos estén efectivamente a cargo del reagrupante⁴⁰ y otro más controvertido como la prueba del vínculo de parentesco y de edad, implícitamente incluso por medio de las pruebas de ADN⁴¹.

En todo caso, la fijación de la edad máxima y la soltería no bastan para determinar que el hijo pueda ser beneficiario de la reagrupación familiar, pues es preciso acreditar el vínculo de parentesco. Además para la renovación de la autorización de residencia por reagrupación familiar, el artículo 61.3 del mencionado RD 557/2011 de 20 de abril, exige acreditar la escolarización obligatoria durante su permanencia en España. Una vez comprobada la relación de dependencia, el precepto distingue si el ejercicio de la patria potestad es en solitario o si es compartido por los progenitores. La respuesta dada es diferente, ya que en caso de ejercicio de la patria potestad en solitario o exclusiva, esta será causa suficiente para hacer posible la reagrupación, mientras que si la patria potestad es compartida, en este caso a quien pretenda reagrupar el menor debe habersele otorgado y obtenido legítimamente la custodia del mismo. Otro supuesto distinto es el de los hijos adoptivos para quienes en España se establece el requisito singular de acreditar adicionalmente que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir sus efectos.

2-. Por último, cerrando el círculo familiar afectado, cabe mencionarse a los ascendientes, la abuela de Adou, la única no reagrupada. En esta sede es determinante la cuestión de dependencia y parentesco por la que se dispone que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acrediten que durante al menos un año de residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que infiere una dependencia económica efectiva: al menos el 51% del producto interior bruto per cápita según lo establecido en materia de indicadores sobre renta y actividad económica por país y por el Instituto Nacional de Estadística.

A efectos de cierre de la línea ascendente, la Ley Orgánica 2/2009 en la letra d) artículo 17, sí incluye la previsión de una edad mínima, que si bien no estaba limitada expresamente en la práctica sí era considerada de tal forma que los menores de sesenta y cinco años (como límite vinculado a la edad laboral activa) difícilmente podían probar la dependencia económica o estar a cargo del reagrupante. Este requisito de edad supone una edad máxima que se

⁴⁰ A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Fundación CIDOB, nº 8, Barcelona, 2006, p. 1-122, p. 28.

⁴¹ E. LA SPINA, "DNA testing for Family Reunification in Europe. An exceptional Resource?" op. cit., esp. p. 43.

suma al de la existencia de razones que justifiquen la entrada de este familiar.

Solo excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en la ley. La introducción de tal fórmula, tal y como indica el Dictamen del Consejo de Estado 515/2011 del 7 de abril de 2011, constituye una excepción a un régimen singularmente limitado que resulta poco cuidadoso para articular los mecanismos específicos de acreditación de esas posibles situaciones apoyadas en razones humanitarias. Sin embargo, pueden producirse situaciones de minusvalía sobrevenida en el padre o madre viudos, menores de sesenta y cinco años y en situación de ausencia de asistencia, que la norma parece obviar. La protección jurídica de la familia en relación al supuesto de los ascendientes quiebra también en el momento en que se ve determinada por un periodo de residencia superior a los dos años⁴² antes de la solicitud de la reagrupación, y la disposición de una vivienda adecuada así como recursos estables, suficientes o un seguro de enfermedad.

Son precisamente este tipo de condiciones denominadas adicionales⁴³ aquellas que exigen una calidad habitacional y económica no generalizada a todas las familias en la sociedad de acogida y no dependiente del *welfare* social. La nueva praxis reglamentaria instaurada exige el mantenimiento de los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud. Dicho mantenimiento se valorará teniendo en cuenta en un año la evolución de los medios del reagrupante en los seis meses previos a la fecha de presentación de la solicitud. Asimismo se detalla que, en el cómputo, los ingresos provenientes del sistema asistencial no pueden ser aportados pero sí pueden ser tenidos en cuenta los ingresos de otros miembros de la unidad familiar⁴⁴.

En un pretendido afán clarificador y competencial del artículo 55 del Real Decreto 557/2011 añade, a los requisitos ya analizados, que en el momento de presentar la solicitud se debe aportar el informe de idoneidad de vivienda expedido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en el plazo de 30 días máximos, en su defecto de la corporación local en el mismo plazo. En caso de que el informe no haya sido emitido en dicho plazo, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. En cualquier caso, sigue siendo abiertamente cuestionable incluso con la apertura autonómica de la reforma, si la emisión preferente de informes garantiza en base al artículo 14 y 9.3 de la

⁴² S. PEERS, *EU immigration and asylum law, text and commentary*, Koninklijke Brill N.V., Netherlands, 2006, pp. 573-613.

⁴³ Vid. STC 236/2007, de 7 de noviembre (BOE 295 de 10 de diciembre de 2007).

⁴⁴ Vid. STJUE de 4 de marzo de 2010, caso Chakroun causa C-578/08 sobre la asistencia social.

Constitución el principio de igualdad en todo el territorio nacional y la seguridad jurídica de los solicitantes de la reagrupación familiar y coloca también a las corporaciones locales en diferentes niveles⁴⁵.

Por último, constituyen parámetros restrictivos los efectos de la reagrupación familiar y la posibilidad prevista en el artículo 17. 2 LODYLE para que los familiares reagrupados sean posibles futuros reagrupantes. Esta autorización de residencia y trabajo independiente según el artículo 59 del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril habilita al cónyuge, pareja de hecho o hijo reagrupado si este último tiene 16 años a trabajar por cuenta ajena o propia en cualquier parte del territorio español, ocupación o sector de actividad. Así, en el caso del cónyuge reagrupado se prevén mayor número de circunstancias posibles entre la más significativa cuando se obtenga la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, algo que se materializa reglamentariamente en que dispone de uno o varios contratos de trabajo de duración mínima, desde el momento de la solicitud de un año y de los que se derive una retribución no inferior al salario mínimo interprofesional mensual, a tiempo completo por catorce pagas.

La circunstancia más interesante se refiere al cónyuge o pareja de hecho reagrupado víctima de violencia de género o la constancia de indicios en el informe del Ministerio Fiscal ampliado por el RD 557/2011 a los supuestos de víctimas de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. Menos margen de maniobra existe, tras la reforma respecto de los hijos y menores bajo representación legal del reagrupante, por la que solo caben dos circunstancias: tener la mayoría de edad y que acrediten encontrarse en alguna de las situaciones descritas en el artículo 59; o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años.

El caso de los ascendientes podrán obtener una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar. Ahora bien los ascendientes sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica. De forma excepcional el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad, o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, podrá ejercer el derecho de reagrupación cumpliendo las exigencias legales generales, sin necesidad de haber adquirido la residencia de larga duración.

⁴⁵ A. SOLANES CORELLA, "Un decálogo sobre la crisis del asilo en España", *Sistema*, nº 218, 2010a, pp. 103-122.

5.- ALGUNAS CONSIDERACIONES PARA INVERTIR LAS LÓGICAS

Retomando el hilo argumental de Carens en “Inmigración y justicia ¿a quién dejamos pasar?” es posible extrapolar aquí su dialéctica en torno a las constricciones morales de las políticas referentes a la admisión de inmigrantes de los Estados liberales democráticos⁴⁶, especialmente cuando los Estados tienen la obligación de admitir como inmigrantes a los parientes cercanos y a los solicitantes de protección internacional dentro de las limitaciones enmarcadas por tal presupuesto. En concreto, dicho autor presenta ambas realidades como segmentos de inmigrantes potenciales sujetos a admisiones discrecionales, en la medida en que los Estados europeos se encuentran ante la disyuntiva de no aceptar más inmigrantes de los que están obligados a admitir o bien admitir un número limitado por encima de sus obligaciones cuando concurren ciertos motivos específicos. Si bien los dos casos analizados responden a problemáticas diferentes, una aplicación estricta de la legislación nacional y comunitaria, marcada por la nula sensibilidad al ámbito familiar en contextos migratorios, no evita la existencia de posibles situaciones de vulneración flagrantes del estándar internacional de derechos humanos.

Desde esta perspectiva, se intensifica más la importancia de los parámetros cuantitativos, y menos los cualitativos: el perfil del admitido. La protección de la unidad familiar en extranjería privilegia entre los posibles familiares susceptibles de integrar el núcleo familiar, distinguiendo entre los vínculos familiares y ciertas condiciones previas. Y, a la unidad familiar en el sistema de asilo se añade el perfil de admisibles desde parámetros de certeza y motivación causal de la persecución. En definitiva, se parte de una lógica de elegir en base a criterios quién será finalmente escogido entre los elegibles para la admisión, arbitrando así varios criterios de exclusión y de selección que nuevamente son coincidentes y convergentes.

La discrecionalidad que opera en la determinación del número y en la selección puede tener un efecto perverso para la protección de bienes jurídicos y derechos fundamentales. Por ello, requiere una justificación especial para avalar la solicitud o autorización más allá de un mero e interesado cálculo de intereses o cuotas. El uso sistemático de ficciones jurídicas que traten de evitar el abuso del derecho en la medida en que consideran que ambos derechos cuestionados son intentos de aprovecharse de puntos de acceso o el propósito de conseguir ser admitidos, también aúna así el derecho a controlar la inmigración, reforzar las fronteras y a tomar medidas

⁴⁶ J. CARENS, “Who should get in? The ethics of immigration admission”, *Ethics & International Affairs*, vol. 17, nº 1, 2003, pp. 95-110.

para prevenir estas formas de entradas.

Sin embargo, en este punto hay que destacar que en los supuestos de asilo hay una línea clara de espesor convencional que divide algunos casos que ameritan el asilo de los que no, por lo que se obvia la existencia de un *continuum* en las situaciones de desprotección que merecen una más cuidada interpretación y discusión al respecto. Mientras que sí hay pautas lineales sin respaldo convencional en el régimen de la reagrupación familiar que determinan las reglas del juego pese a las *vacatio legis* o la inoperancia del principio de jerarquía normativa por la arbitrariedad administrativa, entre otras.

En cualquier caso, las proximidades entre ambas situaciones de vulnerabilidad desde un punto de vista ético convencional son sugerentes a la hora de formular propuestas *lege ferenda*:

a) Regular determinados vínculos familiares de modo amplio y no estrictamente bajo pautas económicas (como por ejemplo, aquellos entre los padres-abuelos, que pueden a menudo configurarse como un recurso crucial para el cuidado) así como tener en cuenta la gestión autónoma del bagaje cultural para la protección de la situación de vulnerabilidad generadas por la eficacia de instituciones jurídicas extranjeras.

b) Salvaguardar un mínimo de garantías jurídicas ineludibles en el *iter* procedimental de la reagrupación familiar con el propósito de promover el disfrute del derecho a la vida familiar de modo expeditivo, humanitario (que no caritativo o una limosna) y positivo, guardando la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida en la fiscalización administrativa de supuestos de fraude: matrimonios de conveniencia o pruebas de ADN. Además de promover la eliminación de requisitos restrictivos (casa, renta) o valorativos (esfuerzo de integración) como presupuesto para reconocer mayor autonomía y responsabilidad en la gestión de la propia vida familiar de la que ya gozan en el caso de que decidan formar, más que reagrupar, una familia.

c) Perfeccionar la vía del artículo 38 Ley 12/2009 en los casos subsumibles en el artículo 40 y 41 de la misma, manteniendo así la posibilidad que establece el actual reglamento de traslado urgente a España a propuesta del ACNUR, cuando los refugiados individuales reconocidos bajo su mandato se encuentren en situación de alto riesgo o desprotección en un tercer país y tampoco pueden solicitar asilo por extensión familiar.

d) Insistir en la necesidad de una especial protección desde los parámetros de asilo en casos de expulsión de los miembros de la familia (art. 10 de la Convención de Derechos del Niño) y también de los especialmente vulnerables como mujeres sometidas a trata, MENA y polizones. Básicamente porque son primordialmente las mujeres y los menores quienes se quedan en el país de origen o tránsito, constituyen un riesgo aun mayor desde la perspectiva de la protección ya que no pueden iniciar procedimientos de reunificación

familiar y por consiguiente pueden desempeñar, en el mejor de los casos, sólo un papel pasivo en el procedimiento, a menos que también se expongan a los peligros de viajar o de ser "(des)acogidos" en los campos de refugiados externalizados por el acuerdo Turquía-UE.

Tales premisas deberían ser un punto de partida y llegada para invertir las lógicas predominantes pues al igual que la ley de la física y metafísica nos dice que a toda acción le sigue una reacción o que a toda causa le sigue un efecto. Si no se reinvierten las causas y efectos que marcan la vulneración de la unidad familiar en situaciones de riesgo y especial vulnerabilidad en los actuales contextos migratorios, cualquier interpelación a la coherencia será infructuosa e irreversiblemente caduca ante la galopante crisis de valores e identidades fundacionales de la Unión Europea y sus Estados.