

La protección de la infancia migrante frente a las diferentes caras de la violencia de género, la discriminación y la trata



Directora

Ángeles Lara Aguado

Coordinadores

Pablo M. Melgarejo Cordón

María Encarnación Vílchez Vivanco

Proyecto I+D+i del Programa Operativo FEDER 2014-2020/
Junta de Andalucía-Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades/B-SEJ-101-UGR18



**UNIVERSIDAD
DE GRANADA**



UNIÓN EUROPEA
Fondo Europeo de Desarrollo Regional



Junta de Andalucía

Consejería de Transformación Económica,
Industria, Conocimiento y Universidades

Andalucía
se mueve con Europa

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o cualquier soporte sin consentimiento expreso del propietario del *copyright*. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La calidad ortográfica y de estilo literario de esta obra son exclusiva responsabilidad de los autores.

© VV. AA.

© Editorial Jurídica **sepín**, S. L., 2022
A FORUM MEDIA GROUP COMPANY

Diseño de la ilustración en portada:
María Jesús Carreras Jiménez

C/ Mahón, 8
28290 Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 352 75 51
www.sepin.es
sac@sepin.es

Precio: 40 euros (4 % IVA no incluido)

ISBN: 978-84-1388-560-5

Producción gráfica: **sepín**, S. L.

Índice de autores

Directora

Ángeles Lara Aguado

Coordinadores

Pablo M. Melgarejo Cordón

María Encarnación Vílchez Vivanco

Autores

Añaños Bedriñana, Karen

*Profesora del Departamento de Derecho Internacional Privado e
Historia del Derecho de la Universidad de Granada.
Investigadora del Instituto de la Paz y los Conflictos – IPAZ*

Avignone, Tatiana

*Licenciada en Trabajo social y con Master en políticas y servicios
sociales por la Universidad LA SAPIENZA de Roma*

Barragán López, Mercedes

*Doctoranda en Derecho Penal
por la Universidad de Sevilla*

Caller Tramullas, Lorena

Universidad de Jaén

Capote Lama, Alberto

*Profesor contratado Doctor del Departamento de Geografía Humana
de la Universidad de Granada*

Castro Durán, Emilio

*Becario de iniciación a la investigación de la Universidad de Granada y
Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad de Granada*

Chéliz Inglés, María del Carmen

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
en la Universidad de Zaragoza*

Criado Enguix, Jaime

Becario FPU de Derecho Procesal en la Universidad de Granada

Díaz Piñas, Cristina

*Abogada colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y
Profesora del Departamento de Derecho en la Facultad de Ciencias
Sociales de la Universidad Antonio de Nebrija*

Fernandez-Pacheco Alises, Gloria

*Profesora contratada-doctor e investigadora
en ETEA-Universidad Loyola Andalucía*



Gayoso El Magraoui, Sara Marcelina
*Estudiante del Doble Grado Ciencias Políticas y Derecho
de la Universidad de Granada*

Goycoechea, Gastón de
*Estudiante del Doble Grado Ciencias Políticas y Derecho
de la Universidad de Granada*

Iarrera, Salvatore
*Profesor de Primaria en Millazo (Sicilia) y
Doctor en Estudios Migratorios por el Instituto de Migraciones
de la Universidad de Granada*

Lambea González, Ferrán
*Máster en Abogacía por la Universidad de Zaragoza
y miembro de Millenium*

Manga Alonso, María Teresa
*Licenciada en Derecho y Máster de Asesoría Jurídica de Empresa
en la Universidad de León*

Martínez, Ignacio Tomás
*Estudiante de último año de la carrera de abogacía y del Profesorado
en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nacional de Córdoba (Argentina).
Investigador en la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Universidad
Nacional de Córdoba en las materias de Derecho Constitucional y
Derecho Privado.*

Melgarejo Cordón, Pablo M
Doctorando de la Universidad de Granada

Menichini, Darío
Universidad de Jaén

Mora Díez, Pablo
*Fiscal Delegado en funciones de Violencia de Género de la Fiscalía
Provincial de Huelva.
Doctor en Derecho*

Moreno Capilla, Rafael
*Trabajador Social.
Máster en Criminalidad e Intervención Social en Menores.
Máster en Cooperación al Desarrollo, Gestión Pública y de las ONGD
Doctorando en Estudios Migratorios*

Padilla Espinosa, Lucía Ione

*Doctoranda en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas
de la Universidad de Huelva*

Parra Rodríguez, Carmen

*Profesora Titular de Derecho internacional
de la Universidad Abat Oliba CEU*

Pidoux, Valentín

*Estudiante de último año de la carrera de abogacía de la Facultad de
Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y becario
de pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, unidad
ejecutora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y
Técnicas.*

Ayudante de cátedra en Derecho Público

Prados García, Celia

Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Córdoba

Rodríguez Muñoz, Georgina

*Investigadora predoctoral en Derecho Internacional Público
y de la Unión Europea
de la Universitat de Girona*

Sousa Gonçalves, Anabela Susana de

*Profesora Asociada de la Facultad de Derecho
de la Universidade do Minho (Portugal).*

Toro Negro, Ana María de

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Granada
y Doctora en Derecho por la Universidad de Granada.*

Zamora Gómez, Cristina María

*Contratada predoctoral como beneficiaria de una ayuda de personal
investigador en formación de la Junta de Andalucía en el área de
Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la
Universidad de Jaén*

Zhunio Iñiguez, Eulalia Elizabeth

*Abogada con Master en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo
Sostenible por la Universitat de València*

Sumario

Sumario	11
I. Protección de menores en contextos de movilidad internacional	14
La vulnerabilidad de los menores en los procesos migratorios: marco jurídico y vías de protección	15
La aplicación del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores a los niños desplazados internacionalmente en el conflicto ruso-ucraniano	24
La kafala islámica frente a nuestro ordenamiento jurídico: la mujer kafila y la protección del interés superior del menor. Problemática de su judicialización especialmente en el caso marroquí desde la práctica jurisprudencial	35
El interés superior del menor como principio para la protección de menores no acompañados en Europa	45
El valor jurídico del precedente de la CIDH "Atala Riffo C/ Chile" en orden a la protección de los derechos fundamentales de los NNA en la jurisprudencia Argentina	55
Menores migrantes y género dentro de la Agenda 2030	61
Migración, sociedad y medios	72
Reconocimiento mutuo de decisiones y adopción internacional. Situación europea	82
Ucrania: gestación por sustitución y protección de los menores en tiempo de guerra	90
II. Promoción de la igualdad e inclusión	100
El derecho a la vida en familia en España de las madres y menores de nacionalidad ucraniana a la luz de la vigente normativa y la protección del interés superior del menor	101
Los espacios de tránsito en las migraciones: adolescentes migrantes no acompañados en Sicilia (Italia)	114
La protección de los migrantes irregulares en la transición de la adolescencia a la vida adulta: el derecho a la educación	121
La protección de los menores extranjeros no acompañados a través de un modelo de intervención social como lucha contra la aporofobia	126
Las actuaciones en el ámbito educativo previstas en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género como modelo comunitario e internacional	131
III. Lucha contra la trata de menores	136
La identificación de las víctimas de trata en la unión europea: una propuesta de armonización con perspectiva de género y del menor	147
Niños, niñas y adolescentes emigrantes del ecuador: el cumplimiento de sus derechos desde el inicio de la pandemia	154
Género, derechos humanos y digitalización: una herramienta digital en la evaluación del riesgo en menores migrantes no acompañados	160

IV. Lucha contra las distintas caras de la violencia	167
Derecho de visitas versus protección a la infancia frente a la violencia	168
Discriminación y violencia de género contra mujeres, niñas y adolescentes latinoamericanas. Análisis desde un enfoque del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	177
El Derecho procesal al servicio de la protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia	188
Domestic Violence and International Child Abduction	196
EL Child Grooming en Latinoamérica y las consecuencias de su legislación	205
El interés superior de las menores afganas ante los matrimonios forzados bajo la lente del Derecho Internacional de las personas refugiadas	209
Visión jurisprudencial de la agravante de género	217
La modificación del artículo 94 CC en relación al régimen de visitas con los menores de edad: una reforma necesaria y constitucional	224

El derecho a la vida en familia en España de las madres y menores de nacionalidad ucraniana a la luz de la vigente normativa y la protección del interés superior del menor

Lucía Ione Padilla Espinosa.

Doctoranda en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Huelva

Artículo Monográfico. Junio 2022

SP/DOCT/119489

Resumen

El 24 de febrero de 2022, las fuerzas armadas rusas iniciaron una invasión a gran escala de Ucrania que ha supuesto uno de los éxodos de más rápido crecimiento desde la Segunda Guerra Mundial. En respuesta a esta afluencia masiva de personas desplazadas, la Unión Europea ha decidido activar la protección temporal prevista en la Directiva 2001/55/CE con el objeto de permitir un refugio inmediato y temporal en la Unión. En el marco de dicha protección es importante preservar la unidad de las familias mediante el inicio, sin demora, de mecanismos de salvaguarda del derecho a la vida familiar, consagrado en diversos instrumentos internacionales. Esta respuesta normativa ha generado la paradoja de que las mujeres ucranianas que residían en situación irregular en España, antes del estallido del conflicto armado, y que se encontraban privadas de ejercer el derecho a la vida familiar, por su situación administrativa irregular, aunque sus hijos/as menores estuvieran expuestos a una situación de especial vulnerabilidad en su país de origen, sin embargo, con la aplicación de la Directiva 2001/55/CE, sean reconocidas como beneficiarias de protección temporal pudiendo, en consecuencia, reunificar a los miembros de su familia.

El presente estudio pretende analizar cómo el derecho a la vida familiar de las mujeres y de los/as menores extranjeros/as difiere en función de la situación administrativa en la que se encuentren, con el objetivo de aportar un análisis sistemático sobre la compatibilidad de las obligaciones asumidas por España, y de conformidad con la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la materia.

Abstract

On February 24, 2022, the Russian military launched a full-scale invasion of Ukraine that has seen one of the fastest-growing exoduses since World War II. In response to this massive influx of displaced persons, the European Union has decided to activate the temporary protection provided for in Directive 2001/55/EC in order to allow an immediate and temporary refuge in the Union. Within the framework of said protection, it is important to preserve the unity of families by initiating, without delay, mechanisms to safeguard the right to family life, enshrined in various international instruments. This regulatory response has generated the paradox that Ukrainian women who resided in an irregular situation in Spain, before the outbreak of the armed conflict, and who were deprived of exercising the right to family life, due to their irregular administrative situation, even if their minor children were exposed to a situation of special vulnerability in their country of origin, however, with the application of Directive 2001/55/EC, they are recognized as beneficiaries of temporary protection and can, consequently, reunite your family members.

This study aims to analyze how the right to family life of foreign women and minors differs depending on the administrative situation in which they find themselves, with the aim of providing a systematic analysis of the compatibility of the obligations assumed by Spain, and in accordance with the interpretation of the jurisprudence of the Court of Strasbourg on the matter.

(*)Este trabajo ha recibido el Primer Premio en la modalidad Promoción de la Igualdad e Inclusión en el Congreso internacional sobre Protección de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones transfronterizas: retos y propuestas jurídicas desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia, celebrado en Granada los días 20, 21 y 22 de junio de 2022

I. Introducción

El pasado 24 de febrero de 2022, las fuerzas armadas de la Federación Rusa iniciaron una invasión a gran escala en Ucrania, en consecuencia, importantes zonas del territorio ucraniano se han convertido en zonas de conflicto armado de las que han huido o están huyendo millones de personas. Según el ACNUR, más de cinco millones de personas, en su mayoría mujeres, menores y personas de avanzada edad, han cruzado las fronteras hacia los países vecinos, lo que ha dado lugar al mayor flujo de desplazados de más rápido crecimiento desde la Segunda Guerra Mundial¹. Este éxodo, de características muy singulares, ha suscitado una reacción positiva por parte de la Unión Europea y de sus Estados Miembros que, en menos de una semana, activaron² la Directiva 2011/55/CE del Consejo, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida³, hasta ahora nunca utilizada. Esta Directiva ofrece una protección inmediata a todos los nacionales de Ucrania que hubieran huido del país desde el inicio del conflicto, así como permite integrar a los beneficiarios directamente en los sistemas de acogida y protección, si lo necesitan.

Con la finalidad de proporcionar dicho refugio, los Estados miembros pueden ampliar la protección temporal a categorías adicionales de personas desplazadas además de aquellas a las que se aplica la Directiva citada, cuando esas personas son desplazadas por las mismas razones y procedan del mismo país o región de origen⁴. En su virtud, el Estado español, a través de la Orden PCM/170/2022⁵, ha decidido otorgar protección temporal a, entre otros colectivos, aquellos nacionales ucranianos que ya residían de manera irregular en España en el momento de la invasión y que, como consecuencia de la misma, no pueden regresar a su país de origen. De manera que, los nacionales de Ucrania que se encontraban residiendo en España de manera irregular pasan a ser reconocidos como beneficiarios de protección temporal pudiendo, en consecuencia, ejercer los derechos que tanto la Directiva 2001/55/CE como el Reglamento español de protección temporal⁶ reconocen y, entre los que destaca, el derecho a la vida en familia,⁷ habida cuenta de la importancia que supone salvaguardar la unidad de las familias, así como evitar que los miembros de una misma dispongan de estatutos jurídicos diferentes.

Por consiguiente, a la luz de la vigente normativa, miles de ucranianos que residían de manera irregular en España han visto reconocido derechos, como el derecho a la vida en familia que, durante sus años de estancia irregular, no lograron adquirir, ya que, de conformidad con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), el ejercicio al derecho a la vida familiar tan solo es reconocido a los extranjeros que residen en España sobre la base de una autorización de residencia⁸.

A pesar de la distinción realizada por el legislador nacional, el derecho a la vida familiar se constituye como un derecho básico para la persona migrante y para su libre desarrollo reconocido en la normativa comunitaria y en los Tratados y acuerdos Internacionales⁹. Además, la protección de la vida familiar adquiere una importancia esencial en el caso de los menores desplazados, teniendo en cuenta que, en el contexto de la actual crisis humanitaria derivada del conflicto bélico ucraniano, cientos de miles de personas que han huido o están huyendo de Ucrania son menores, muchos de los cuales no están acompañados o han sido separados de sus progenitores o familiares. Cuando estos menores se desplazan a través de las fronteras, los riesgos de sufrir violencia, abuso y/o explotación se multiplican, siendo especialmente preocupante los posibles casos de trata de mujeres y niñas que viajan solas o acompañadas de infancia de corta edad o de personas que no pertenecen a su núcleo familiar¹⁰. Por otra parte, para millones de mujeres y niñas, incluidas aquellas que han vivido a la sombra del conflicto en el este de Ucrania durante los últimos ocho años, la violencia de género es un problema grave¹¹. Se debe garantizar la prevención, protección y la atención frente a todas las formas de violencia contra las mujeres. Por ello, es crucial, que los Estados miembros ofrezcan espacios seguros acordes con las necesidades de las personas desplazadas y su género, en los que se garanticen, entre otras medidas, el acceso a los servicios de información y asesoramiento sobre los derechos y recursos disponibles, así como que se activen los mecanismos de búsqueda y reunificación familiar, con el objetivo de reunir a los menores no acompañados con sus familias cuando sea posible y siempre que respondan al interés superior del menor.

A la luz de la actual normativa, las madres ucranianas que residían en España, antes del conflicto, en situación administrativa irregular y que se encontraban privadas de ejercer el derecho a la vida familiar, paradójicamente, tras la invasión de las fuerzas rusas contra Ucrania, adquieren una situación administrativa regular como beneficiarias de protección temporal y tienen derecho a reunificarse con sus hijos menores, en los términos previstos en la Directiva europea.

No es el ánimo de este trabajo examinar las cuestiones generales propias a la reagrupación familiar, sino evidenciar la diferencia de trato introducida por el legislador español en el artículo 16 respecto de los extranjeros en situación regular o irregular, residentes o no residentes, reconociendo solo a los primeros el derecho a la vida en familia. En consonancia, se pretende constatar si, con esta distinción, el legislador ha vulnerado o no la protección que nuestro ordenamiento jurídico y los Tratados Internacionales ratificados por España conceden a la familia, sea cual sea su origen, artículo 39 Constitución Española (CE)¹², así como el derecho a la intimidad personal y familiar, artículo 18 CE y el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Expuesto el objeto de investigación, consideramos necesario estructurar el presente trabajo en los siguientes apartados: en el primero, trataremos de dar respuesta a la pregunta de si los nacionales ucranianos que residían en España en situación irregular y que, a la luz de la vigente normativa, son reconocidos como beneficiarios de protección temporal pueden ejercer el derecho a la vida familiar en las mismas condiciones que el resto de beneficiarios, para lo que se examinará el reconocimiento de dicho derecho en el marco de la Directiva 2001/55/CE y del Reglamento español de protección temporal. Seguidamente nos ocuparemos de la regulación que del mismo derecho se realiza en la legislación nacional de extranjería y la compatibilidad de esta con las obligaciones internacionales asumidas por España, como parte en el Convenio de Roma, para concluir con una serie de observaciones finales sobre lo estudiado.

II. La vida en familia de los beneficiarios de protección temporal

El 20 de julio de 2001 se adoptó la Directiva 2001/55/CE¹³, una compleja Directiva, nunca antes aplicada, que ha sido calificada de emblemática, ya que se constituye como el primer instrumento jurídico¹⁴ que aborda los desplazamientos en masa desde la perspectiva de su acogida territorial, a través de un dispositivo de carácter excepcional que se inicia a instancias comunitarias y que se basa en un reparto equitativo de las cargas asociadas a dicha acogida¹⁵.

Es importante subrayar que esta protección temporal es compatible con las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de Derecho Internacional de las personas refugiadas y, en particular, no debe prejuzgar el reconocimiento del estatuto de refugiado de conformidad con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951¹⁶. Por ello, podrá reconocerse el estatuto de refugiado a personas que gocen de protección temporal como desplazados, porque la protección temporal no puede ir en perjuicio del reconocimiento del estatuto de refugiado¹⁷. Esto es así, entre otros motivos, porque la naturaleza de la protección que otorga la Directiva es temporal. El artículo 4 señala que la duración de la protección será de un año, prorrogable automáticamente por período de 6 meses durante un plazo máximo de un año y, para el caso de que persistan los motivos para la protección temporal, el Consejo podrá estudiar cualquier solicitud de un Estado miembro de prorrogar dicha protección durante un año más. Por consiguiente, el máximo de protección temporal que puede ofrecerse es de tres años, un tiempo que no siempre resulta suficiente a la luz del tipo de circunstancias que dan lugar a afluencia masivas de personas desplazadas¹⁸.

Por otro lado, la Directiva busca el equilibrio entre la asunción de la protección temporal como una acogida territorial orientada al retorno y, el respeto durante ese período de los derechos fundamentales de los beneficiarios de dicha protección. Por esta razón, en el capítulo III se recogen un conjunto de garantías mínimas diseñadas para ser satisfechas por los Estados miembros durante el período de acogida. Entre estas garantías, destacamos el derecho al respeto de la unidad familiar de aquellas familias ya constituidas en el país de origen y que hayan sufrido una separación debido a las circunstancias que rodean la afluencia masiva. De esta forma, tanto la Directiva 2001/55/CE en su artículo 15 como el artículo 21 del Reglamento español de protección temporal proceden a conceder los beneficios de la protección temporal a los miembros de la familia del beneficiario, en aras de salvaguardar la unidad familiar.

En este sentido, resulta fundamental analizar el concepto de familia que utilizan ambas normas¹⁹. De conformidad con el artículo 15.1 a) y b) de la Directiva 2001/55/CE se considerarán miembros de una familia las categorías de personas siguientes: a) el cónyuge del reagrupante o pareja de hecho que tenga una relación duradera, cuando la legislación del Estado miembro en cuestión considere la situación de las parejas no casadas como similar a la de las casadas con arreglo a su propia normativa de extranjería. b) los hijos menores solteros del reagrupante o de su cónyuge, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. c) así como otros parientes cercanos que estuvieran viviendo juntos como parte de la unidad familiar en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la afluencia masiva, y que fueran total o parcialmente dependientes del reagrupante en dicho momento.

Esta referencia a otros parientes cercanos podría llegar a incluir a los descendientes mayores de edad, abuelos y otros parientes sin límite de consanguinidad, sin embargo, el artículo 21.2 del Reglamento español de protección temporal considera miembros de la familia al cónyuge y los hijos menores, así como a "los ascendientes en primer grado del beneficiario que conviviesen juntos y formasen parte de la unidad familiar en el momento de producirse los acontecimientos que dieron lugar a la declaración de protección temporal y que fuesen total o parcialmente dependientes del beneficiario en dicho momento". Por lo tanto, la norma española limita expresamente la consideración de otro pariente cercano a los ascendientes del beneficiario. No resulta lógico que un ascendiente que fuese dependiente económicamente del beneficiario, por el mero hecho de haber alcanzado la mayoría de edad, se encuentre privado de la vida en familia durante el máximo plazo de 3 años que puede llegar a durar la protección temporal.

No obstante, la Orden nacional PCM/170/2022, por la que se amplía el ámbito de aplicación de la Directiva recoge un concepto de familia menos restrictivo que el previsto en el Reglamento. En efecto, dicho acuerdo incluye como miembros de las familias de las personas beneficiarias de protección temporal, además del cónyuge y los hijos menores, "a otros parientes cercanos que vivieran juntos como parte de la unidad familiar en el momento de las circunstancias relacionadas con la afluencia masiva de personas desplazadas y que dependieran total o principalmente de ellos." Podría deducirse que la intención del Estado español es incluir un concepto de familia más flexible y acorde con lo dispuesto en la Directiva 2001/55/CE. Si bien, debe tenerse en cuenta que estas categorías de miembros familiares se refieren a beneficiarios de protección temporal que sean: 1) Nacionales ucranianos que se encontrasen en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022; 2) Nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania sobre la base de un permiso de residencia legal válido expedido de conformidad con el Derecho ucraniano. Por consiguiente, los miembros de las familias de aquellos nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, también son reconocidos como beneficiarios de protección temporal, no estarían amparados por la protección temporal contemplada en la Directiva 2001/55/CE.

Una vez manifestadas estas cuestiones, pasamos a analizar otras disposiciones de la Directiva 2001/55/CE que resultan especialmente pertinentes para los miembros de la familia. Por un lado, resulta de aplicación el apartado 2 del artículo 15 en lo que se refiere a la reunificación de los miembros de la familia que gozan de protección temporal en distintos Estados miembros. La Directiva exige que los Estados miembros reúnan a los miembros de la familia de los que tenga constancia que se ajustan a la letra a) del artículo 15, es decir, el cónyuge e hijos menores. En cambio, para el resto de los familiares (apartado b) del artículo 15.1), se deja a voluntad de los Estados la decisión de reunificar, teniendo en cuenta las dificultades extremas que dichos miembros afrontarían en caso de no efectuarse la reunificación. Nos encontramos ante una cláusula indeterminada que propicia un amplio margen de apreciación de los Estados miembros en relación con este grupo de familiares. Por su parte, el Reglamento español prevé la reunificación de todos los familiares por igual²⁰. Aunque es valorable la opción del legislador español, no deja de ser criticable la disposición europea que antepone los intereses de los Estados miembros a los intereses legítimos de la familia, habida cuenta de la especial vulnerabilidad de las familias que han sido separados como consecuencia de los desplazamientos masivos²¹. El problema no es el concepto de familia que incorpora la Directiva, sino la puesta en práctica del mismo, esto es, la obligación respecto al cónyuge e hijos menores y la facultad potestativa respecto a los otros familiares, lo que hace que solo existan obligaciones reales respecto a la familia nuclear²².

Por otro lado, se señala que en la aplicación del artículo 15 de la Directiva, los Estados miembros deben tomar en consideración los intereses de los menores. Se trata de un principio corrector derivado de artículo 3.1 del Convenio de los Derechos del Niño, sin embargo, se ha criticado la ausencia de una redacción más correcta tanto en la Directiva como en la normativa española que sea acorde con dicho Tratado y que incluya el término superior²³.

A tal respecto, conviene subrayar que uno de los grupos más vulnerables entre los desplazados forzosos es, indudablemente, el de los menores no acompañados²⁴. En este sentido, llama la atención que ninguno de los textos analizados incorpore disposiciones referentes a la reunión familiar de dichos menores. No se prevé la posibilidad de que sea el propio menor no acompañado, que ha sido reconocido como beneficiario de protección temporal, el que solicite la reunificación con sus familiares cuando estos permanecen en el Estado de origen. Parece contradictorio, ya que, de conformidad con la definición de reagrupante que se recoge en el artículo 2 h) de la Directiva 2001/55/CE, los menores no acompañados deberían ser considerados como tales, dado que son nacionales de terceros países que, disfrutando de la protección temporal en un Estado miembro a tenor de la decisión tomada con arreglo al artículo 5, desean que miembros de su familia se reúnan con ellos o ellas²⁵. La ausencia de dicha regulación específica supone uno de los déficits más grave de la Directiva 2001/55/CE²⁶.

Según las estimaciones del ACNUR, la mitad de las llegadas procedentes de Ucrania son menores, los cuales han sufrido experiencias terribles y necesitan una atención y protección especial, en concreto, aquellos que viajan no acompañados y los huérfanos. Debe garantizarse a los menores un acceso rápido a sus derechos, sin discriminaciones, incluido el apoyo psicosocial, la asistencia sanitaria y la educación, prestando especial atención a las niñas que se encuentran expuestas a riesgos específicos y necesitan de medidas concretas de protección en atención al género. El reto de hacer frente a un gran número de llegadas no debe ser óbice para garantizar el respeto al interés superior del menor. Para ello, es fundamental que los menores sean registrados en la primera entrada. En el caso de los menores separados de sus familias, las autoridades nacionales han de iniciar cuanto antes los procedimientos para encontrar a posibles familiares, entendidos estos en el sentido del artículo 15 de la Directiva 2001/55/CE, residentes en otros Estados miembros y, en caso de hallarlos, iniciar sin demora los procedimientos para la reagrupación familiar. En el caso de los menores no acompañados que tengan familiares en otros Estados miembros que disfruten también de la protección temporal, debe procederse a reagruparlos con esos familiares de conformidad con las normas establecidas en los artículos 15 y 26 de la Directiva, tomando en consideración la opinión del menor, de acuerdo con su edad y su grado de madurez, y siempre y cuando la reagrupación redunde en el interés superior del menor²⁷.

No obstante, la Orden nacional PCM/170/2022, por la que se amplía el ámbito de aplicación de la Directiva recoge un concepto de familia menos restrictivo que el previsto en el Reglamento. En efecto, dicho acuerdo incluye como miembros de las familias de las personas beneficiarias de protección temporal, además del cónyuge y los hijos menores, "a otros parientes cercanos que vivieran juntos como parte de la unidad familiar en el momento de las circunstancias relacionadas con la afluencia masiva de personas desplazadas y que dependieran total o principalmente de ellos." Podría deducirse que la intención del Estado español es incluir un concepto de familia más flexible y acorde con lo dispuesto en la Directiva 2001/55/CE. Si bien, debe tenerse en cuenta que estas categorías de miembros familiares se refieren a beneficiarios de protección temporal que sean: 1) Nacionales ucranianos que se encontrasen en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022; 2) Nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania sobre la base de un permiso de residencia legal válido expedido de conformidad con el Derecho ucraniano. Por consiguiente, los miembros de las familias de aquellos nacionales de Ucrania que se encontraban en situación irregular en España antes del 24 de febrero y que, también son reconocidos como beneficiarios de protección temporal, no estarían amparados por la protección temporal contemplada en la Directiva 2001/55/CE.

Una vez examinada esta normativa nos centramos en el análisis de diferentes cuestiones que se nos plantean como consecuencia de la invasión por parte de la Federación Rusa al territorio ucraniano: ¿una mujer de nacionalidad ucraniana que llega a España y solicita protección temporal puede reunirse con sus hijos menores que se encuentran en Ucrania? Sí, puesto que sus hijos estarían amparados por la protección temporal²⁸; ¿qué ocurriría si sus hijos se encontraran en otro Estado miembro? Los Estados miembros tienen la obligación de reunirlos, ya que estaríamos ante el supuesto de miembros de una familia separados que disfrutaban de una protección temporal en diferentes Estados miembros²⁹; ¿una mujer ucraniana que residía en España en situación administrativa irregular, antes del estallido del conflicto, puede reunificarse con sus hijos en las mismas condiciones de los casos anteriores? Los nacionales ucranianos que residían en España de manera irregular son reconocidos como beneficiarios de protección temporal, si bien, para proceder a reunificarse con sus familiares, estos deben encontrarse disfrutando de una protección temporal en un Estado miembro diferente. De forma que, aquellos familiares que no hayan abandonado Ucrania no se les concedería los beneficios de la protección temporal, aun siendo menores y pudiéndose encontrar en situación de vulnerabilidad.

Esto es así porque, en nuestra opinión, el artículo 15 de la Directiva 2001/55/CE y el artículo 21 del reglamento nacional no establecen un derecho a la reagrupación familiar en los términos en los que se establece en la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar³⁰. Estos preceptos tan solo contienen disposiciones en orden a poder trasladar a uno de los Estados miembros de acogida que se trate³¹ a la familia que, ya había sido constituida en el Estado de origen y que ha sido separada como consecuencia del desplazamiento forzado. Los conceptos³² no son los mismos, ya que el beneficiario de protección temporal, a diferencia del reagrupante, no reside en un Estado miembro, sino que se encuentra acogido temporalmente en él por las circunstancias que produjeron la afluencia masiva, y se prevé que, una vez terminadas las mismas, volverá a su país de origen. Es precisamente esa temporalidad la que impide que se inicie el procedimiento de reagrupación familiar en los términos y con las condiciones que prevé la normativa específica. Del mismo modo que, en el marco de la protección temporal se habla de "familia ya constituida en el país de origen y que haya sufrido una separación", mientras que, el procedimiento de reagrupación familiar permite la posibilidad de que el solicitante reagrupe con él a sus familiares cuyos vínculos se constituyeron con posterioridad a su residencia en el territorio europeo. La finalidad de la Directiva 2001/55/CE es mantener unida a los miembros de la familia que han sido separados como consecuencia del desplazamiento. Sin embargo, no se explica por qué se recoge un concepto restrictivo de familia, en vez de disponer de un concepto más amplio que permita reunir a otros miembros (hijos mayores de edad, sobrinos, nietos, abuelos, descendientes u otros parientes cercanos), en aras de salvaguardar la vida familiar de los desplazados.

Al margen de estas críticas e incertidumbres que cuestionamos, no podemos obviar que la protección temporal implica el reconocimiento de diversas garantías en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales de las que carecen, lamentablemente, los migrantes que residen en España en situación administrativa irregular. En efecto, el reconocimiento como beneficiarios de protección temporal a los nacionales de Ucrania que, hasta el 24 de febrero, residían de forma irregular en España supone el ejercicio del derecho explícito a reunirse con los miembros de su familia que, durante sus años de residencia irregular, no han podido disfrutar. En el siguiente apartado se analiza el derecho a la vida familiar en el ordenamiento jurídico nacional con el objetivo de examinar cómo difiere este derecho en función de la situación administrativa en la que se encuentra la persona.

III. El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la Ley española de Extranjería

Este apartado tiene por objeto el estudio de la regulación del derecho a la vida familiar de los inmigrantes en España, a la luz de las obligaciones asumidas como Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Debe tenerse en cuenta que el mandato constitucional del artículo 13, el cual establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la misma en los términos recogidos en los Tratados Internacionales, se ha conjugado con los compromisos internacionales adquiridos por España, y particularmente, con las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional. A tal respecto, cabe destacar que el Convenio de Roma, a diferencia de otros Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, goza de un mecanismo jurisdiccional instituido para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados parte, esto es, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En consecuencia, en las siguientes líneas trataremos de responder a la pregunta de si es conforme con el Convenio la distinción que se contiene en la legislación de extranjería, entre extranjeros en situación regular o irregular, con respecto a la regulación del derecho a la vida en familia de los extranjeros en España.

Para ello, debemos empezar señalando que en el capítulo II del Título I de la LOEx, bajo la rúbrica "Derecho a la intimidad familiar", se establece que "los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales suscritos por España" (art. 16.1). Llama la atención que, bajo la misma rúbrica, se une, en el primer párrafo, vida en familia e intimidad familiar a la que tienen derecho los extranjeros residentes. El reconocimiento de tales derechos plantea la cuestión de su rango jurídico, es decir, si se trata de derechos fundamentales o simplemente de derechos subjetivos derivados de su reconocimiento por parte de la Ley³³.

En efecto, la sistemática del precepto ha dado lugar a una discusión doctrinal acerca de su correcto encaje constitucional³⁴. Se debe señalar que la Constitución no se refiere en ninguno de sus preceptos al derecho a la vida familiar. Si bien, se debe partir de la premisa de que el derecho a la vida familiar es un derecho que deriva del artículo 8 del Convenio de Roma, el cual, como es sabido, forma parte del ordenamiento jurídico español de conformidad con el artículo 96 CE³⁵.

La vida familiar es un bien estrechamente vinculado a la propia dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de la personalidad. A tal respecto, es necesario tratar de conciliar el derecho a vivir en familia de los inmigrantes con la soberanía nacional del país receptor, de lo que se desprende que, el control de la inmigración no puede separar las unidades familiares constituidas en el país de origen. De forma que, cuando se impide a una persona que pueda desarrollar su vida junto con aquellas otras que forman parte de su núcleo de convivencia esencial se estaría yendo en contra del reducto más básico de la vida humana. De ahí que sea importante determinar si vida e intimidad familiares son un único derecho o dos³⁶.

Aunque se haya afirmado que la terminología empleada en el artículo 16 de la LOEx se fundamenta en un equívoco, lo cierto es que la Ley recoge dos derechos distintos. En este sentido, estimamos conveniente que se flexibilizara la concepción del derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE incorporando también como contenido propio el derecho a la vida en familia³⁷. De esta manera, el derecho a la vida en familia de las personas extranjeras se constituiría como un derecho fundamental del extranjero cuyo fundamento jurídico reside en el artículo 8 del Convenio de Roma, así como, en el artículo 18 de la Constitución y que, conforme a los Tratados Internacionales, correspondería a toda persona, nacional o extranjera, con independencia de su situación administrativa³⁸. De ahí que sea criticable que se reconozca únicamente a quienes estén en situación de residencia legal³⁹.

Dicho esto, cabe preguntarse: ¿estaría justificada la intervención del Estado separando a una madre de su hijo menor alegando que su situación administrativa es irregular, o, por el contrario, prevalecería el interés superior del menor?⁴⁰ ¿La distinción que el artículo 16 LOEx realiza respecto de los extranjeros en situación regular o irregular, en relación con el disfrute del derecho a la vida en familia, es compatible con lo dispuesto en el artículo 8 CEDH?

A la luz de lo expuesto y con base en los artículos 18 CE, y 8 del Convenio, analizamos si el legislador español a la hora de regular el derecho a la vida en familia, limitando el ejercicio de este derecho a los extranjeros residentes, ha vulnerado o no la protección que nuestro ordenamiento jurídico y los Tratados Internacionales ratificados por España conceden a la familia, sea cual sea su origen, artículo 39 CE, así como el derecho a la intimidad personal y familiar, artículo 18 CE, y el derecho a la vida privada y familiar, artículo 8.1 CEDH⁴¹. Así pues, se pretende determinar si el legislador nacional ha actuado dentro de los parámetros que tanto la Constitución, los textos internacionales ratificados por España como la jurisprudencia del TEDH⁴² reconocen, o si, por el contrario, ha traspasado dichos límites.

Debe apuntarse que el derecho al respeto de la vida familiar aparece en el Convenio dentro del grupo de derechos cuyo disfrute puede ser restringido por las autoridades nacionales. A pesar de que, el Tribunal no pretende cuestionar la política de entrada o de expulsión que cada Estado parte adopte, se ha constatado que existe violación del Convenio si dicha política es contraria a las obligaciones asumidas en virtud del artículo 8 o del artículo 14 del Convenio (derecho a no sufrir discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio).

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal, existe vulneración del artículo 8 CEDH cuando la injerencia del Estado no se realice de conformidad con las exigencias recogidas en el párrafo segundo de dicho artículo⁴³. Se establece en el apartado segundo que: "no podrán existir injerencias de los poderes públicos en este ámbito, a no ser que concurran las siguientes circunstancias: a) que la misma esté prevista por la Ley; b) que tenga un objetivo legítimo; c) que sea necesaria en una sociedad democrática". Por consiguiente, el ejercicio del derecho a la vida familiar podría estar limitado por las políticas migratorias de los Estados, siempre que estas estén previstas por la ley, justificadas para cumplir finalidades legítimas y siempre que sean proporcionales a las circunstancias que originaron su adopción⁴⁴.

Consideramos que el legislador al limitar el ejercicio del derecho a la vida familiar exclusivamente a los extranjeros residentes no está persiguiendo ninguno de los objetivos legítimos señalados por el Convenio, o lo que es lo mismo, no existen objetivos legítimos que justifiquen el trato diferenciado entre extranjeros con base en su situación administrativa. Además, esta distinción, no se encuentra debidamente justificada ya que, entendemos que es función esencial de los poderes públicos proteger a la familia en el ámbito social y económico, de conformidad con el artículo 39 CE. Por lo que, a través de la prohibición establecida en la legislación de extranjería, la integración de las familias y la vida familiar de estas, quedarían desamparadas⁴⁵. Así pues, cuando en el artículo 16.1 de la LOEx se realiza la distinción respecto de los extranjeros en situación administrativa regular o irregular, residentes o no residentes, reconociendo solo a los primeros el derecho a la vida familiar, se estaría cometiendo una intromisión injustificada en el contenido esencial de dicho derecho del inmigrante. Por todo ello, estimamos que la distinción que introduce el legislador nacional supone una vulneración del artículo 14 CEDH, que protege frente a un trato discriminado sin justificación objetiva y razonable, en conexión con el derecho al respeto de la vida en familia reconocido en el artículo 8 CEDH⁴⁶.

IV. Valoraciones finales

La invasión militar injustificada de Rusia contra Ucrania, además de menoscabar y amenazar la seguridad y estabilidad europea y mundial está generando graves consecuencias en todos los ámbitos siendo, el efecto más devastador, la profunda crisis humanitaria padecida por el pueblo ucraniano. En respuesta a esta afluencia masiva de llegadas, el pasado 4 de marzo, el Consejo aprobó la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 con el objeto de activar el mecanismo de la protección temporal. El ámbito de aplicación de esta Decisión de ejecución ha sido además ampliado por Acuerdo de Consejo de Ministros del 8 de marzo, extendiendo dicha protección a otros colectivos de personas afectadas por el conflicto que pueden encontrar refugio en España, entre ellos, los nacionales de Ucrania que residían, a fecha de 24 de febrero, en situación administrativa irregular en España y que como consecuencia del conflicto no pueden regresar a su país de origen. En este sentido, destacamos que el reconocimiento de la protección temporal a quienes huyen del conflicto bélico arroja un balance inicial positivo. Sin embargo, llama la atención que miles de nacionales de Ucrania que residían en España de manera irregular hayan tenido que esperar al estallido de un conflicto armado para ver reconocidos los derechos que, durante sus años de residencia irregular, no lograron adquirir.

Esta excepcional situación ha provocado la paradoja de que, a una madre de nacionalidad ucraniana que se encontraba residiendo en España en situación administrativa irregular no se le reconocía el derecho a vivir en familia junto con sus hijos menores de edad, mientras que, tras la invasión militar, esta misma mujer, como beneficiaria de protección temporal, puede disfrutar de diferentes derechos, entre ellos, el derecho a la vida familiar. Por el contrario, aquellos nacionales de terceros Estados, diferentes de Ucrania, que residen en España en situación administrativa irregular están privados de ejercer el derecho a la vida en familia, a pesar de que el mismo se constituye como un derecho inherente al individuo cuya vida familiar debe ser respetada, con independencia de su origen o nacionalidad.

El reto de hacer frente a un gran número de llegadas no debe ser óbice para que se garantice el pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas migrantes. El mantenimiento de la unidad familiar es un elemento fundamental para la persona que emigra, ya que la familia, es el núcleo básico de desarrollo de la persona, por lo que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas necesarias que faciliten la convivencia del inmigrante con los sujetos que integran su célula familiar, prestando especial atención a los menores que viajan no acompañados o separados de sus familias. En este sentido, todas las decisiones o acciones que deban adoptarse en relación con los menores deben tener como consideración primordial el principio del interés superior del menor.

A pesar de estas premisas, resulta llamativo cómo en el desarrollo legal, el legislador nacional ha considerado el derecho a la vida en familia como un derecho exclusivo de los extranjeros que residen de manera regular en España, quedando privado para todos aquellos cuya situación administrativa no esté regularizada (art. 16.1 LEOx). Esta distinción que el legislador nacional realiza entre extranjeros residentes o no residentes, en situación administrativa regular o irregular, supone una intromisión ilegítima en el ámbito personal y familiar de la persona que desea vivir junto a sus familiares, a la vez que constituye una vulneración del derecho a la vida familiar derivado del artículo 8 del Convenio de Roma en conexión con el artículo 14, así como de la doctrina emanada por el Tribunal de Estrasburgo.

Teniendo en consideración la normativa desarrollada en el ámbito internacional, y muy especialmente, la Convención de Roma, los Estados no están legitimados para decidir quién tiene derecho a la vida familiar. Así pues, estimamos que el poder de injerencia del Estado con relación al derecho a la vida familiar de los extranjeros debería quedar limitado a casos excepcionales y que persigan los fines legítimos que se prevén en el propio artículo 8 CEDH, y nunca quedar amparado en la situación administrativa de la persona.

V. Bibliografía

ABARCA JUNCO, Paloma; VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina, "Capítulo II - Reagrupación Familiar (artículos 16 a 19)", en, ESPULGUES MOTA, Carlos. (dir.) Comentarios a la Ley de Extranjería, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 417-522.

ARENAS HIDALGO, Nuria, El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2005.

ARENAS HIDALGO, Nuria, Los desplazamientos forzosos de población a gran escala: la Directiva Europea relativa al sistema de protección temporal, Tesis defendida en la Universidad de Sevilla, septiembre de 2003.

ARENAS HIDALGO, Nuria, "El sistema de protección temporal europeo. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos aviso de población", Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVI, 2003, pp. 745-778.

ARRESE IRIONDO, M.^a Nieves, El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras, Universidad del País Vasco, Argitaipen zerbitzua servicio editorial, 2011

- ARRIAGA IRABURU, Inés, El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo, Eunsa, 2003.
- FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo A., Derecho comunitario de la inmigración, Atelier, 2006, pp. 80-93.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, "Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar", Anuario de Facultad de Dereitoda Universidade da Coruña, 7, 2003, pp. 465-468.
- GUILLÓ SÁNCHEZ - GALIANO, Amparo, "Intimidad y familia", en LÓPEZ ORTEGA, J. (dir.), Perfiles del Derecho constitucional en la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 217-256.
- KÄLIN, Walter, "Temporary Retection in the EC: refugee Law, Human Rights and the Temptations of Pragmatism", German Yearkbook of International Law, 2002, pp. 235-344.
- LABACA ZABALA, M.^a Loures, "El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería", Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, 2005, 3.
- LAMBERT, Hambert, "The European Court of Human Rights of Refugees and other persons in need protection to family reunion", International Journal of Refugee Law, vol.11, número 3, Oxford University Press, 1999
- LÓPEZ BARBA, Elena, GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, "El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico", Poder Judicial, nº 64, pp. 43-81.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes, Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, 2001, pp.673-707.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, El derecho fundamental a la intimidad, Dykinson, Madrid, 2º edición, 2005.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, El derecho a la vida familiar de los extranjeros, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 439-467.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, "Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar", en MATIA PORTILLA, F. Javier; LÓPEZ DE LA FUENTE, Gabriela (dir.), De la intimidad a la vida privada y familiar: un derecho en construcción, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 283-313.

Notas del documento

- 1 Artículo 21.4 del Reglamento español sobre el régimen de protección temporal
- 2 ACNUR: <https://data2.unhcr.org/en/situations/ukraine> (última visita en mayo de 2022)
- 3 Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo, de 4 de marzo de 2022, por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal. (DOUE L 71/1 de 4 de marzo de 2022).
- 4 DOCE, N.º L 212 de 7 de agosto de 2001
- 5 Orden PCM/170/2022, de 9 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2022, por el que se amplía la protección temporal otorgada en virtud de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 a personas afectadas por el conflicto de Ucrania que puedan encontrar refugio en España. (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2022).
- 6 Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre sobre Régimen de Protección Temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2003) El artículo 32 de la Directiva 2001/55/CE dispone que los Estados miembros podrían en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva. La Directiva 2001/55/CE no resulta incompatible con la protección temporal nacional, sino que coexiste con ella.
- 7 Artículo 15 de la Directiva 2001/55/CE y artículo 21 del Reglamento español de protección temporal.
- 8 En España, el derecho a la vida familiar de los extranjeros se regula en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/2011, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx, BOE núm. 10 de 12 de enero de 2000).
- 9 Como bien es sabido, el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A(III) de 10 de diciembre de 1948, estableció que la familia "tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado" principio recogido en similares términos por el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, e Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103 de 30 de abril 1977). Por su parte, el Convenio de los Derechos del Niño reconoce el derecho de todos los hijos menores a relacionarse con ambos padres, incluso cuando estos no conviven y residen en países diferentes (arts. 9 y 10). Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990). A nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), fundamentándose en las exigencias del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha desarrollado una línea jurisprudencial que impone a los Estado el respeto efectivo de la vida familiar. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979 (BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979).
- 10 Véase la propuesta de Directiva de la Comisión sobre la lucha contra las mujeres y la violencia doméstica, COM (2022) 105 final, de 8 de marzo de 2022.
- 11 Según el estudio "Estrategia de igualdad de género" publicado en 2019 por el Fondo de Población de las Naciones Unidas, "alrededor del 75% de las mujeres de Ucrania informaron haber experimentado algún tipo de violencia desde los 15 años, y una de cada tres informó haber experimentado violencia física o sexual". https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/19-132_UNFPA_GenderStrategy-SP.pdf (última visita mayo 2022)
- 12 Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- 13 Se trata de una norma de Derecho derivado adoptada como respuesta al llamamiento del artículo 63.2 TCE y de las conclusiones del Consejo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999. El Tratado de Ámsterdam introdujo la

necesidad de establecer medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en concreto, "normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional"(art. 63 TCE). Con ello, la política comunitaria en esta materia pretendía distinguir entre los derechos reconocidos a las personas refugiadas en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951 y los derechos otorgados a las personas desplazadas, figura sin una concesión jurídica en el ámbito internacional. Con objeto de ofrecer una respuesta común a la necesidad de ofrecer protección territorial a las poblaciones en peligro se emprendieron una serie de iniciativas que desembocaron en la actual Directiva de Protección Temporal. Véase al respecto: FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo A., Derecho comunitario de la inmigración, Atelier, 2006, pág. 80. Véase las conclusiones del Consejo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 disponible en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (última consulta realizada en abril de 2022).

- 14 A pesar de que los éxodos masivos no resultan un fenómeno nuevo, sino que la historia está repleta de casos de exilios, ningún Tratado Internacional ha abordado este problema con carácter general. No obstante, tras la Caída del Muro de Berlín se había convertido en uno de los retos más importantes para la Comunidad internacional y europea. Hasta la adopción de la Directiva 2001/55/CE, la acogida territorial de poblaciones exiliadas derivaba de la obligación de todo Estado de permitir la entrada y la protección temporal en caso de ser aplicable el principio de non refoulement. De dicha obligación surge la institución del temporary refugee, precedente de la actual normativa comunitaria. Véase ARENAS HIDALGO, Nuria, Los desplazamientos forzados de población a gran escala: la Directiva Europea relativa al sistema de protección temporal, Tesis defendida en la Universidad de Sevilla, septiembre de 2003, pp. 54-58.
- 15 Para el Derecho europeo la adopción de la Directiva 2001/55/CE supone todo un hito, ya que supone un paso fundamental en la plena realización del "Sistema Europeo Común de Asilo". La Directiva lo que pretende es "evitar la saturación completa de los sistemas de asilo en caso de afluencia masiva, que repercutiría negativamente en el interés de los Estados, las personas interesadas y las restantes personas que soliciten protección con independencia de esta afluencia masiva y, consiguientemente, apoyar la viabilidad del sistema europeo común de asilo". Véase: ARENAS HIDALGO, Nuria, "El sistema de protección temporal europeo. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos aviso de población", Revista Española de Derecho Internacional, vol. LVI, 2003, p. 100.
- 16 Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978).
- 17 Artículo 3 de la Directiva 2001/55/CE.
- 18 Además, la gravedad de esta temporalidad no solo se encuentra reflejada en la parquedad de la duración de la misma, sino en la posibilidad de que el Consejo pueda poner fin en cualquier momento en virtud de lo dispuesto en el artículo 6. FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo A, Derecho comunitario de la inmigración, op.cit, p. 83.
- 19 La Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 establece que los miembros de la familia de las personas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), esto es, nacionales ucranianos que residieran en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022; apátridas y nacionales de terceros países distintos de Ucrania que gozaran de protección internacional o de una protección nacional equivalente en Ucrania antes del 24 de febrero de 2022, también están amparados si sus familias ya residían en Ucrania antes de dicha fecha. A estos efectos, se consideran miembros de una familia las mismas categorías de personas que se establecen en el artículo 15.1 de la Directiva 2001/55/CE.
- 20 Artículo 21.4 del Reglamento español sobre el régimen de protección temporal.
- 21 Artículo 21.4 del Reglamento español sobre el régimen de protección temporal.
- 22 ARENAS HIDALGO, Nuria, El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2005, p. 180.
- 23 Artículo 3.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño señala que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Ese artículo es considerado un importante garante en relación con la mejor atención de los menores. A tal respecto, véase: ARENAS HIDALGO, Nuria, El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria, op.cit, p. 181.

- 24 El artículo 2f) de la Directiva 2001/55/CE, los define como: "los nacionales de terceros países o apátridas menores de dieciocho años que lleguen al territorio de los Estados miembros sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres, en la medida que no estén efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable de ellos, o los menores queden sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros".
- 25 Esta también fue la recomendación de ECRE que insistía en el respeto al derecho a la unidad familiar y que las personas, con independencia de su ubicación, sean asistidas para reunirse con los miembros de la familia que ya estuvieran recibiendo protección, en concreto, aquellos casos en los que se encuentren involucrados menores no acompañados. Véase "ECRE Position of the European Council of Refugee and Exiles on Temporary Protection in the context of a need for a supplementary Refugee Definition", en IJRL, vol.9, nº3, 1997, página 8.
- 26 Ya lo señalaba ARENAS HIDALGO, Nuria, El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa Comunitaria, op.cit, p. 183.
- 27 Respecto de los menores no acompañados que tengan familiares residentes en otros Estados miembros a los que se aplique un régimen jurídico diferente, también será posible la reagrupación de conformidad con otros instrumentos pertinentes del Derecho de la Unión, por ejemplo, la Directiva 2003/86/CE, la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DOUE L 229/35 de 29 de junio de 1994), o el Reglamento (UE) 604/2013 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 (DOUE L 180/31 de 29 de junio de 2013).
- 28 De conformidad con el artículo 1.4 de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/383
- 29 Artículo 15.2 de la Directiva 2001/55/CE
- 30 La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE nº L 251 de 3 de octubre de 2003) excluye en el artículo 3. 2 b) de su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros Estados que estén autorizados a residir en el Estado de acogida en virtud de una protección temporal o bien, que hayan solicitado autorización para residir por ese motivo y se encuentre a la espera de resolución
- 31 Artículo 15.5 dispone que: "Los Estados miembros de que se trate decidirán, teniendo en cuenta los artículos 25 y 25, en qué Estado miembro deberá producirse la reagrupación".
- 32 De conformidad con el artículo 2. d) de la Directiva 2003/86/CE, la reagrupación familiar supone: "La entrada y residencia en un Estado miembro de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado
- 33 Para ello, hay que acudir al análisis de los preceptos constitucionales que hacen referencia a cuestiones vinculadas a la familia. La Constituciones se refiere a la familia en tres de sus artículos: el artículo 32.1 que reconoce al hombre a la mujer el derecho a contraer matrimonio; el artículo 18.1 que garantiza el derecho a la intimidad familiar; y el artículo 39.1 que ordena a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. ARRESE IRIONDO, M.^a Nieves, El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras, Universidad del País Vasco, Argitalpen zerbitzua servicio editorial, 2011, pp.127 - 146.
- 34 En este sentido, véase: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, "Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar", en MATIA PORTILLA, F. Javier; LÓPEZ DE LA FUENTE, Gabriela (dir.), De la intimidad a la vida privada y familiar: un derecho en construcción, Tirant lo Blanch, 2020, p. 294; ABARCA JUNCO, Paloma; VARGAS GOMEZ-URRUTIA, Marina, "Capítulo II - Reagrupación Familiar (artículos 16 a 19)", en, ESPULGUES MOTA, Carlos. (dir.) Comentarios a la Ley de Extranjería, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 417-522; LABACA ZABALA, M.^a Loures, "El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería", Saberes: Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales, 2005, página 10-13.; SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, El derecho a la vida familiar de los extranjeros, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 14 - 16; GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, "Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar", Anuario de Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 7, 2003, pp. 465-468.
- 35 La Constitución, por un lado, reconoce el derecho fundamental a la intimidad familiar y el CEDH, por otro, garantiza el derecho al respeto a la vida familiar. Aunque este derecho a la vida familiar no aparezca expresamente recogido en el texto constitucional,

parece que el legislador español lo ha incluido en el artículo 16.1 LOEX dentro del contenido del derecho a la intimidad familiar. De esta manera, se consigue actuar conforme al artículo 10.2 CE al interpretar la normativa nacional conforme al CEDH. Ahora bien, tal y como se verá más adelante, el TC rechaza este planteamiento y, en consecuencia, considera que la vida familiar es un bien cuya protección ha de asegurarse por los poderes jurídicos (art. 39.1 CE). ARRESE IRIONDO, M.^a Nieves, El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras, op.cit. p. 134.

- 36** Nos planteamos esta cuestión ya que, como bien estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 113/1989, de 22 de junio, Fundamentos Jurídicos 2º y 3º: "La potestad de mediación legislativa de los derechos no es absoluta, no dependiente del arbitrio del legislador ordinario, de forma que cuando el legislador tenga que imponer requisitos o limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responde a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la debida proporcionalidad con dichas finalidades".
- 37** Opinión compartida por GUILLÓ SÁNCHEZ - GALIANO, Amparo, "Intimidad y familia", en LÓPEZ ORTEGA (dir.), Perfiles del Derecho constitucional en la vida privada y familiar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 217-256 y ARRESE IRIONDO, M.^a Nieves, El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras, op.cit. p. 137 y 138, entre otros. Con este planteamiento, la LOEX reforzaría esta consideración, al afirmar sensu contrario que su artículo 16 tiene carácter orgánico, de conformidad con una Disposición final cuarta de la LOEX. Cabe señalar que esta afirmación es consecuencia de la interpretación de los preceptos constitucionales de acuerdo con los Tratados Internacionales, y en concreto, con la jurisprudencia que del artículo 8 CEDH ha elaborado el Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, para otros autores no cabe entender como contenido del derecho a la intimidad familiar el derecho a la vida en familia, Véase: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, El derecho a la vida familiar de los extranjeros, op.cit., p.17; REBOLLO DELGADO, Lucrecio, El derecho fundamental a la intimidad, Dykinson, Madrid, 2º edición, 2005.
- 38** No obstante, no es este el valor que le ha dado el Tribunal Constitucional al precepto que se comenta, ya que considera que el artículo 18.1 CE no acoge el derecho a la vida familiar, y menos el derecho a la reagrupación familiar, en el sentido marcado por el TEDH, porque ninguno de los dos derechos forma parte del contenido derecho a la intimidad familiar. Véase las STC 236/2007, de 7 de noviembre. Por otro lado, En la STC 186/2013, de 4 de noviembre, el Tribunal sostiene que la expulsión de extranjeros no supone una injerencia en la intimidad familiar, sino en los principios constitucionales de protección de familiar. Sin embargo, la sentencia cuenta con un voto particular en el que se defiende la conexión en la interpretación de los artículos 18 y 39 CE, como una forma de adecuar la garantía constitucional al contenido mínimo que protege el CEDH. Esta conexión entre vida e intimidad familiares ha sido mantenida en la STSJ Madrid núm. 25/2013, de 11 de enero, donde se afirma que "el derecho a la protección de la vida familiar goza de protección constitucional en virtud del artículo 18.1 CE". A pesar de este criterio, se apunta que, por ahora, la interpretación constitucional se resiste a configurar el derecho a la vida familiar como derecho fundamental, aunque lo más acertado, desde nuestro punto de vista, es admitir que respecto de las personas extranjeras el derecho a la intimidad familiar se extiende también a su derecho a vivir en familia.
- 39** El precepto resulta en una primera lectura criticable, ya que supedita un derecho reconocido en la Constitución (art.18) a la situación de residencia. Todo extranjero que se encuentre en España, con independencia de la situación administrativa de su residencia, debe tener derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en las mismas condiciones que los españoles. Pero ello no significa que no se reconozca el derecho a la intimidad familiares de los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España, sino que lo que no se les reconoce es el derecho a solicitar la venida de su familia al territorio. MOYA ESCUDERO, Mercedes, Comentario sistemático a la Ley de extranjería, Comares, 2001, p. 676.
- 40** En diferentes ocasiones el TEDH ha valorado los intereses de los Estando en contraste con el ejercicio efectivo del derecho al respeto de la vida en familia. Destaca la Sentencia de 21 de diciembre de 2001 en el asunto Sen c. Países Bajos, donde, el Tribunal consideró que el interés superior de los hijos debe valorarse como un criterio relevante para fundamentar el derecho a la vida familiar en el Estado de acogida. El TEDH entendió que la reagrupación de la menor "no solo era el medio más adecuado para el desarrollo de la vida de toda la familia, sino que constituía una exigencia necesaria de la integración de la menor en la célula familiar de sus padres y hermana" (párr. 13). Esta misma interpretación fue seguida en las Sentencias de 31 de enero de 2006, asuntos Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos y Sezen c. Países Bajos. Véase: VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, Una clasificación de las salvaguardias que a la luz de la jurisprudencia del TEDH preservan la unidad familiar en el derecho a la reagrupación familiar, op.cit, pp. 306 y 307.
- 41** Párrafo primero del artículo 8: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

- 42** Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, de 28 de mayo de 1985; Sentencia Ahmut c. Países Bajos, de 28 de noviembre de 1996; Sentencia Berrehab c. Países Bajos, de 21 de junio de 1988; Sentencia Marcks c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, entre otras. Para profundizar sobre el alcance de la jurisprudencia del TEDH se recomienda: LAMBERT, Hambert, "The European Court of Human Rights of Refugees and other persons in need protection to family reunion", *International Journal of Refugee Law*, vol.11, número 3, Oxford University Press, 1999; ARRIAGA IRABURU, Inés, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Eunsa, 2003.
- 43** Párrafo segundo del artículo 8 del Convenio: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".
- 44** Véase las Sentencias del TEDH de 19 de febrero de 1996, caso Gül c. Suiza, par.38, 39 y de 28 de noviembre de 1996, caso Ahmut c. Países Bajos, par. 63 a 67
- 45** LABACA ZABALA, María Lourdes, *El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería*, op.cit, p. 48.
- 46** Véase al respecto: LÓPEZ BARBA, Elena, GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, "El derecho de reagrupación familiar en el nuevo régimen jurídico de la inmigración en España a la luz de las obligaciones asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico", *Poder Judicial*, nº 64, pp. 78-80.