

Acceso a la justicia para niños en la protección de su derecho a la vida privada y familiar

Material de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes

Proyecto FAIR, abril de 2018

® Acceso a la justicia para niños en la protección de su derecho a la vida privada y familiar

© Copyright Comisión Internacional de Juristas – Instituciones Europeas

Abril de 2018

The FAIR (Fostering Access to Immigrant children's Rights) project has been implemented by the International Commission of Jurists – European Institutions in 2016-2018 and supported by the Rights, Equality and Citizenship (REC) Programme of the European Union and Open Society Foundations.



IV. Acceso a la justicia para niños en la protección de su derecho a la vida privada y familiar

Material de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes

Proyecto FAIR

Abril de 2018

Índice

I. Introducción	2
1. Marco jurídico internacional	2
2. Definición de familia: qué es una familia en el Derecho internacional	5
3. Inscripción del nacimiento y derecho a un nombre	12
II. El derecho a la reagrupación familiar.....	13
1. Principios básicos.....	13
2. El Derecho internacional y normas sobre reagrupación familiar	16
III. Expulsiones y el derecho a la vida familiar	32

El presente módulo de formación (que forma parte de una serie de materiales de formación¹ relevantes para la protección de los derechos de los niños migrantes) ofrece una perspectiva general de los organismos y mecanismos tanto internacionales como regionales de derechos humanos a los que pueden acudir los niños migrantes.

I. Introducción

1. Marco jurídico internacional

Todos los niños, incluidos los niños migrantes, son titulares de derechos humanos, y les corresponden los derechos a la vida familiar y a la reagrupación familiar en virtud tanto del Derecho internacional como del Derecho europeo.

Derecho internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos ([Universal Declaration of Human Rights](#)) (UDHR)

Artículo 16.3

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([International Covenant on Civil and Political Rights](#)) (ICCPR)

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#))(CRC)

¹ Estos materiales de formación sobre el acceso a la justicia de los niños migrantes se han preparado como parte del proyecto FAIR (*Fostering Access to Immigrant children's Rights*) e incluyen los siguientes módulos de formación:

0. Principios generales y definiciones

I. Acceso a un proceso equitativo que incluya el derecho a una audiencia justa y a participar en el procedimiento.

II. Acceso a la justicia durante la detención.

III. Acceso a la justicia para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales.

IV. Acceso a la justicia para proteger su derecho al respeto a la vida privada y familiar.

V. Reparación a través de los mecanismos y organismos internacionales de derechos humanos.

VI. Manual práctico para los abogados que actúan en representación de menores.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes 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. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 22(2)

"2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención."



Convención sobre los Derechos del Niño (CRC)

También son relevantes el artículo 2, no discriminación, y el artículo 3, interés superior del niño (véase el Módulo 0 para más información). Otros artículos relevantes a los que también se refiere este módulo: el artículo 7.

La Convención sobre los Derechos del Niño y el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, en su observación general conjunta sobre los niños en el contexto de la migración internacional (véase, más adelante, 3 y 22) hacen hincapié en que los niños migrantes adolecen de falta de oportunidades de reunificación familiar en tiempo oportuno, y en que el interés superior del niño debería tomarse plenamente en consideración en las decisiones referentes a la unidad familiar.

Observación General conjunta N.º 3 del Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares y N.º 22 del Comité de los Derechos del Niño, sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Contexto de la Migración Internacional de 16 de noviembre de 2017 ([Joint general comment No. 3 \(2017\) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 22 \(2017\) of the Committee on the Rights of the Child](#))

29. Los Estados partes deben velar por que el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración (...) y las decisiones referentes a la unidad familiar y la guarda de los hijos; en todas esas esferas el interés superior del niño será una consideración primordial y, por lo tanto, tendrá máxima prioridad.

41. Los Comités reconocen que la falta de canales regulares y seguros para que migren los niños y las familias contribuye a que los niños emprendan viajes migratorios que ponen en riesgo sus vidas y son sumamente peligrosos. Lo mismo cabe decir de las medidas de control y vigilancia de fronteras que se centran en la represión en lugar de facilitar, regular y gestionar la movilidad, especialmente las prácticas en materia de detención y expulsión, la falta de oportunidades de reunificación familiar en tiempo oportuno y la falta de vías de regularización.

Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ([European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms](#))

Artículo 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Carta Social Europea (revisada) ([European Social Charter \(revised\)](#))
Artículo 19.6

...obligación de "facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio".

Legislación de la UE

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA ([EU Charter on Fundamental Rights](#))

Artículo 7 Respeto de la vida privada y familiar

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

Artículo 33 Vida familiar y vida profesional

1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.
2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.

2. Definición de familia: qué es una familia en el Derecho internacional

Aunque no existe una definición acordada internacionalmente de "familia" *per se* aplicable al desarrollo de todas las disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos relacionados con la familia, algunos órganos internacionales de derechos humanos han aclarado el ámbito de la vida familiar que los Estados están obligados a respetar y proteger, en contextos determinados. Por ejemplo, como se recalca más adelante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aclarado el ámbito del derecho a la vida familiar que el Estado tiene el deber de respetar y proteger en el artículo 8 del CEDH, incluido en el contexto de la determinación de los derechos a la protección internacional y la reagrupación familiar en las demandas presentadas en ese ámbito.

Además, varios instrumentos de la UE referidos a los niños migrantes, incluidos la Directiva de la UE sobre el derecho a la reagrupación familiar, la Directiva sobre reconocimiento y el Reglamento de Dublín III, contienen disposiciones que definen las relaciones a las que se aplica el término "familia".

Derecho internacional

Convenio Europeo de Derechos Humanos

La definición de familia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es amplia, y se ha desarrollado a lo largo del tiempo de acuerdo con las ideas cambiantes de familia, y probablemente seguirá haciéndolo a la luz de la evolución de las actitudes sociales.

"Familia", según el CEDH, incluye a los hijos de una persona, y uniones entre adultos, incluidas relaciones maritales tanto de sexo contrario como del mismo sexo (*Schalk y Kopf c. Austria*, TEDH; *P.B. y J.S. c. Austria*), y relaciones no maritales de convivencia en las que existen estabilidad y compromiso. Entre los factores decisivos relevantes se encuentran: si la pareja vive junta, la duración de su relación, si han demostrado su compromiso el uno al otro teniendo hijos juntos o por otros medios.

Schalk y Kopf c. Austria (*Schalk and Kopf v. Austria*), TEDH, 24 de junio de 2010

94 (...) el Tribunal considera artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una pareja de distinto sexo, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar una "vida familiar" a efectos del artículo 8. Por consiguiente, la relación de los demandantes, una pareja del mismo sexo que vive junta en una relación estable de hecho, corresponde a la noción de "vida familiar", de la misma manera que lo haría la relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación.

La protección que brinda el artículo 8 del CEDH también se extiende a la relación entre un niño y el padre biológico si el niño no ha nacido fuera de un matrimonio (Keegan c. Irlanda), o a una pareja que convive.

Onur c. Reino Unido (Onur v. United Kingdom), TEDH, 17 de febrero de 2009

43. (...) los niños nacidos de una pareja casada o de una pareja que convive son de pleno derecho parte de esa familia desde el momento del nacimiento y esa vida familiar existe entre el niño y sus padres (...)

En aquellos casos en que los padres del niño están casados o conviven, esta relación familiar seguirá existiendo, aunque, debido a la separación de los padres, el niño deje de vivir con uno de los padres.²

Ciliz c. los Países Bajos (Ciliz v. the Netherlands), TEDH, 11 de julio de 2000

59. (...) no cabe duda de que un vínculo que equivale a una vida familiar (...) existe entre los padres y el niño nacido de su relación matrimonial, como era el caso en la presente demanda (...). Esta relación familiar natural no finaliza por el hecho de que los padres se separen o divorcien, y como resultado de lo cual, el niño deje de vivir con uno de sus padres (...)

La noción de "vida familiar" no se limita únicamente a las relaciones matrimoniales y puede incluir otros lazos familiares de hecho si las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio.

Kroon y otros c. los Países Bajos (Kroon and others v The Netherlands), TEDH, 27 de octubre de 1994

30. (...) En cualquier caso, el Tribunal recuerda que la noción de "vida familiar" recogida en el artículo 8 (art. 8) no se limita únicamente a las relaciones matrimoniales y puede incluir otros "lazos familiares" de hecho si las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio (...). Aunque, como norma, la convivencia puede ser un requisito para tal relación, excepcionalmente otros factores también pueden servir para demostrar que en una relación existe suficiente lealtad como para crear "lazos familiares" de hecho (...)

El artículo 8 del CEDH protege, en general, la relación entre un niño adoptado y el padre adoptivo de la misma manera que la relación entre un niño y un padre biológico (*Kurochkin c. Ucrania*).

En aquellos casos en que los padres de un niño nunca se han casado o convivido, existen otros factores que pueden servir para demostrar que la relación del niño con el progenitor con el que no convive dicho niño equivale a una relación familiar. Estos factores incluirán la naturaleza y la duración de la relación de los padres antes del nacimiento del niño, y, en particular, si tenían planeado tener un hijo, las aportaciones realizadas para el cuidado y la crianza del niño, así como la calidad y regularidad del contacto. En un caso relativo a la migración, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que, con respecto a los padres adultos e hijos adultos,

² *Ciliz c. the Netherlands*, TEDH, demanda N.º 29192/95, sentencia de 11 de julio de 2000, párr. 59. Véase también, *Boughanemi c. Francia*, TEDH, párr. 35.

normalmente se requiere un elemento adicional de dependencia para dar lugar a la protección del derecho a una vida familiar.³

La totalidad de los lazos sociales pueden formar parte del concepto de **vida privada**. El derecho al respeto de la vida privada del artículo 8 del CEDH se extiende a la protección de las relaciones personales y sociales.

Osman c. Dinamarca ([Osman v. Denmark](#)), TEDH, 14 de junio de 2011

55. (...) El Tribunal ha aceptado en una serie de casos relativos a jóvenes adultos que todavía no habían formado su propia familia que su relación con sus padres y otros familiares próximos también constituía "vida familiar". Además, el artículo 8 también protege el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior y puede a veces abarcar aspectos de la identidad social de una persona; debe aceptarse que la totalidad de los lazos sociales entre migrantes establecidos y la comunidad en la que están viviendo constituye parte del concepto de "vida privada" según lo previsto en el artículo 8. Independientemente de la existencia, o de otra manera de una "vida familiar", la expulsión de un migrante establecido constituye, por tanto, una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada. Dependerá de las circunstancias del caso concreto si es adecuado que el Tribunal se centre en el aspecto de "vida familiar" más que en el de "vida privada" (...).

M.P.E.V y otros c. Suiza ([M.P.E.V. and others v. Switzerland](#)), TEDH, 8 de julio de 2014

31. El Tribunal ha considerado previamente que la existencia o no existencia de "vida familiar" es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real en la práctica de lazos personales estrechos (...). Sin embargo, la vida familiar debe incluir la relación surgida de un matrimonio legítimo y auténtico (...). Además, se deduce del concepto de familia en el que se basa el artículo 8 que un niño nacido de una unión matrimonial es de pleno derecho parte de esa relación; por tanto, desde el momento del nacimiento del niño y por este mismo hecho, existe entre este y sus padres un vínculo equivalente a "vida familiar" que acontecimientos posteriores no pueden romper, salvo en circunstancias excepcionales (...), hasta que el niño alcance la mayoría de edad. El Tribunal ha considerado además que no habrá vida familiar entre padres e hijos adultos salvo que puedan demostrar elementos adicionales de dependencia (...).

32. El Tribunal también reitera que, como el artículo 8 protege el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, y puede a veces abarcar aspectos de la identidad social de una persona, debe aceptarse que la totalidad de los lazos sociales entre los migrantes establecidos y la comunidad en la que están viviendo constituye parte del concepto de "vida privada" según lo previsto en el artículo 8 (...).

57. Con respecto a la relación del primer demandante con su hija pequeña, la cuarta demandante, el Tribunal observa que él la crió con la segunda demandante y siguió implicándose en la educación de la niña después de su separación, como se refleja en los amplios derechos de visita que se le concedieron. Además, el Tribunal observa que el Tribunal Administrativo Federal consideró que, dada la integración de ella en la sociedad suiza, la falta de conocimiento sobre su país de origen, donde nunca había vuelto desde que entró en Suiza a la edad de dos años, y el hecho de que apenas hablaba español, supondría un "desarraigo de rigurosidad excesiva" enviarla de vuelta a Ecuador (...). En estas circunstancias, cabe esperar que el contacto personal entre los dos demandantes, como poco, se reduciría drásticamente si se obligara al primer

³ La dependencia debe ser fuerte: *A.W. Khan c. Reino Unido*, TEDH, demanda N.º 47486/06, sentencia de 12 de enero de 2010, párr. 32; *Osman c. Dinamarca*, TEDH, párr. 55.

demandante a volver a Ecuador. El Tribunal hace hincapié en el hecho que el Tribunal Administrativo Federal, al considerar el caso del primer demandante, no hizo ninguna referencia al interés superior de la niña, porque no consideró que la relación entre ellos se incluyera en la protección de la "vida privada" según lo previsto en el artículo 8 del Convenio. En estas circunstancias, el Tribunal no está convencido de que se diera suficiente peso al interés superior de la niña. En este contexto, se hace referencia también al artículo 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con el cual, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las autoridades públicas, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...).

Carta Social Europea

Carta Social Europea (revisada)

Artículo 19.6

(...) a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio.

El artículo 19, apartado 6, debe interpretarse en el sentido de que se refiere "al menos al cónyuge del trabajador y sus hijos no casados, mientras éstos deban ser considerados menores de edad con arreglo a las disposiciones aplicables del Estado de acogida y vivan a cargo del trabajador." [Interpretación del TJUE, CONCLUSIONES DE LA ABOGADAGENERAL KOKOTT ([OPINION OF ADVOCATE GENERAL KOKOTT](#)) emitidas el 8 de septiembre de 2005 en el asunto C-540/03, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea apoyado por la República Federal de Alemania y la Comisión de las Comunidades Europeas.]

ICCPR

El Comité de Derechos Humanos ha aclarado la noción de "familia" del artículo 23 del ICCPR, en Ngambi y Nébol c. Francia.

CCPR Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Ngambi y Nébol c. Francia (ICCPR: The Human rights Committee Ngambi and Nébol v. France)

6.4 En el artículo 23 del Pacto se garantiza la protección de la familia, comprendida la necesidad de la reunión de la familia. El Comité recuerda que el término "familia", a efectos del Pacto, se ha de tomar en sentido lato de modo que abarque a todas las personas de la familia según la sociedad de que se trate. No es óbice, necesariamente, para protegerla en un caso particular la falta de lazos matrimoniales formales, en especial cuando exista una práctica local de amancebamiento. Tampoco afecta forzosamente a la protección de la familia la distancia geográfica, la infidelidad o la falta de vida marital. No obstante, primero tiene que haber lazos familiares que proteger. (...)

CRC

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial ([General Comment No. 14 \(2013\) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration](#)), expone que el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (párr. 59).

Consejo de Derechos Humanos

Consejo de Derechos Humanos, Protección de la familia: contribución de la familia a la realización del derecho a un nivel de vida adecuado para sus miembros, en particular a través del papel que desempeña en la erradicación de la pobreza y en el logro del desarrollo sostenible (Protection of the family: contribution of the family to the realization of the right to an adequate standard of living for its members, particularly through its role in poverty eradication and achieving sustainable development), Doc. de la ONU A/HRC/31/37 (2016) párrafos 24-27 y 34-36

A. Definición de familia

24. En el derecho internacional de los derechos humanos no figura una definición de la familia. El Comité de Derechos Humanos observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. De manera similar, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que el concepto de familia debe entenderse en un sentido amplio y de acuerdo con el uso local. Otros mecanismos internacionales de derechos humanos han expresado opiniones similares.

(...)

26. Los Estados mantienen cierta flexibilidad a la hora de definir el concepto de familia en la legislación nacional, a fin de tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos, religiones, costumbres o tradiciones imperantes en su sociedad, incluidas las culturas minoritarias e indígenas. No obstante, en las normas internacionales se establecen cuando menos dos condiciones mínimas para que las familias puedan gozar de reconocimiento y protección a nivel nacional: en primer lugar, el respeto al principio de igualdad y no discriminación, incluido el trato equitativo de la mujer y, en segundo lugar, la protección efectiva del interés superior del niño. Atendiendo a esos parámetros, los mecanismos de derechos humanos han determinado que algunos tipos de relación, como la poligamia y el matrimonio infantil, son contrarios a las normas internacionales de derechos humanos y deben ser prohibidos.

27. Además de los principios que se mencionan más arriba, los mecanismos internacionales han exhortado a los Estados a que protejan formas específicas de la familia en virtud de la vulnerabilidad de sus miembros en relación con el disfrute de los derechos humanos. Por ejemplo, se ha puesto de relieve la discriminación que sufren las mujeres y los hijos en las uniones *de facto* y se ha pedido que esas uniones se regulen en la legislación nacional. En términos similares, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha instado a los Estados a que reconozcan jurídicamente a las parejas del mismo sexo. (...)

C. Derecho a la intimidad y a la vida familiar

(...)

35. El derecho a la vida familiar se refleja en la preferencia general de preservar la unidad familiar y no separar a sus miembros, especialmente los que están en situación de dependencia. En la Convención sobre los Derechos del Niño se consagra el derecho de los niños a no ser separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando ello sea necesario para proteger el interés superior del niño, como en los casos de abuso o trato descuidado (art. 9, párr. 1), tras un fallo judicial a esos efectos. A los niños privados de su entorno familiar debe proporcionárseles una atención alternativa (art. 20) y, cuando sea posible, deben mantener el contacto con sus padres (art. 9, párr. 3). En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 23, párr. 4), se establece que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor o de uno de sus progenitores o de ambos.

36. En la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares se pide a los Estados que aseguren la protección de la unidad familiar de los trabajadores migratorios, incluso facilitando la reunificación de los migrantes documentados con sus esposas e hijos a cargo (art. 44). En la Convención sobre los Derechos del Niño se insta a los Estados partes a que atiendan esas solicitudes de manera positiva, humanitaria y expeditiva (art. 10).

Legislación de la UE

El ámbito de aplicación de la Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar es considerablemente más estrecho que la definición de familia tal y como ha evolucionado en la legislación internacional en materia de derechos humanos, aunque el preámbulo se refiere al artículo 8 del CEDH y dispone que la Directiva debe aplicarse "sin ningún tipo de discriminación por razón de [...] orientación sexual" (preámbulo, considerandos segundo y quinto). A fin de cumplir sus obligaciones en virtud de la legislación en materia de derechos humanos, los Estados miembros de la UE tendrían que interpretar y aplicar las disposiciones de la Directiva de acuerdo con el sentido más amplio de vida familiar establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha examinado anteriormente en este texto.

Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar ([Family Reunification Directive](#))

Artículo 4 Miembros de la familia

1. Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia (...) de los siguientes miembros de la familia:

- (a) el cónyuge del reagrupante;
- (b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales;
- (c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento;
- (d) los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados.

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

2. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia:

- (a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen;
- (b) los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

3. Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se

cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5, y de los hijos menores no casados, incluidos los adoptivos, de estas personas, así como de los hijos mayores solteros de estas personas, cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud.

4. En caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge.

5. Con objeto de garantizar un mayor grado de integración y de evitar los matrimonios forzados, los Estados miembros podrán exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante.

6. Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva. Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar

Artículo 10

1. Por lo que respecta a la definición de los miembros de la familia, se aplicarán las disposiciones del artículo 4, a excepción del tercer párrafo del apartado 1, que no se aplicará a los hijos de refugiados.

2. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de otros miembros de la familia no mencionados en el artículo 4 si están a cargo del refugiado.

3. Si el refugiado fuera un menor no acompañado, los Estados miembros:

a) autorizarán la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de sus ascendientes en línea directa y en primer grado, sin aplicar los requisitos establecidos en la letra a) del apartado 2 del artículo 4;

(b) podrán autorizar la entrada y la residencia, con fines de reagrupación familiar, de su tutor legal o de cualquier otro miembro de la familia, cuando el refugiado no tenga ascendientes en línea directa o éstos no puedan encontrarse.

Sistema Europeo Común de Asilo (SECA):

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

Artículo 2 (j)

(j) "miembros de la familia": los siguientes miembros de la familia del beneficiario de protección internacional que se encuentren en el mismo Estado miembro en relación con su solicitud de protección internacional, siempre que la familia existiera ya en el país de origen:

— el cónyuge del beneficiario de protección internacional o la pareja de hecho con la

que mantenga una relación estable, si la legislación o la práctica del Estado miembro en cuestión otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su normativa referente a nacionales de terceros países,

- los hijos menores de las parejas mencionadas en el primer guion o del beneficiario de protección internacional, siempre que no estén casados, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos de conformidad con la legislación nacional,
- el padre, la madre u otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, cuando dicho beneficiario sea un menor no casado;

Reglamento de Dublín III ([Dublin III. Regulation](#))

Artículo 2 (g)

(g) “miembros de la familia”: siempre que la familia ya existiera en el país de origen, los siguientes miembros de la familia del solicitante que estén presentes en el territorio de los Estados miembros:

- el cónyuge del solicitante o la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si el Derecho o la práctica del Estado miembro de que se trate otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas con arreglo a su normativa sobre los nacionales de terceros países,
- los hijos menores de las parejas mencionadas en el primer guion o del solicitante, siempre que no estén casados y sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos de conformidad con el Derecho nacional,
- cuando el solicitante sea un menor no casado, el padre, la madre u otro adulto responsable de él según el Derecho o la práctica del Estado miembro en el que esté presente el adulto,
- cuando el beneficiario de protección internacional es un menor no casado, el padre, la madre u otro adulto responsable de él según el Derecho o la práctica del Estado miembro en el que esté presente el beneficiario.

3. Inscripción del nacimiento y derecho a un nombre

Derecho internacional

Los tratados sobre derechos humanos consagran el derecho de todas las personas a ser inscritas inmediatamente tras el nacimiento y a recibir un nombre tras el nacimiento ([artículo 7 del CRC](#), apartado 2), del artículo 24 del ICCPR, artículo 18 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD). El derecho de los niños a emprender acciones legales o a recurrir a procedimientos administrativos para proteger sus derechos difiere en distintos países.

Aparte de garantizar la existencia del niño en virtud de la legislación, la inscripción del nacimiento proporciona la base para salvaguardar los derechos de los niños, incluido el acceso de los niños a la justicia.

Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#)) (CRC)

Article 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([International Covenant on Civil and Political Rights](#)) (ICCPR)

Artículo 24(2)

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad ([UN Convention on the Rights of People with Disabilities](#))

Artículo 18(2)

Los niños y las niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán desde el nacimiento derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser atendidos por ellos.

II. El derecho a la reagrupación familiar

1. Principios básicos

Los Estados tienen la obligación positiva de garantizar el disfrute efectivo de los niños de su derecho al respeto por la vida familiar. En virtud tanto del Derecho europeo como del CdE, el interés superior del niño debe ser la consideración primordial por parte de todas las autoridades judiciales y administrativas en las decisiones relacionadas con el derecho del niño al respeto de su vida familiar. Otros principios básicos incluyen la no discriminación, el derecho a ser escuchado, el derecho a un tutor, a ser representado por un abogado, sus derechos económicos, sociales y culturales, y la necesidad de una evaluación y tratamiento individualizado de cada caso.⁴

En términos de una solicitud para entrar en un país a efectos de la reagrupación familiar, el artículo 10.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ([Convention on the Rights of the Child](#)) (véase *supra*) explica las obligaciones del Estados.

⁴ Para más información véanse los módulos de formación 0., I. y III.

El CRC y el CMW, en su observación general conjunta sobre los niños en el contexto de la migración internacional (N.º 4 y 23, véase más adelante), recalcan que los Estados deberán facilitar los procedimientos de reagrupación familiar a fin de concluirlos sin demora, conforme al interés superior del niño.

Derecho internacional

Observación general conjunta N.º 4 (2017) del Comité de las Naciones Unidas de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N.º 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño ([Joint general comment No. 4 \(2017\) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 \(2017\) of the Committee on the Rights of the Child](#)) sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en países de origen, tránsito, destino y retorno, 16 de noviembre de 2017

Reagrupación familiar

32. En virtud del artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes deben garantizar que las solicitudes de reagrupación familiar se atiendan de manera positiva, humanitaria y expeditiva, incluido facilitar la reunión del niño con sus padres. Cuando las relaciones del niño con sus padres o hermano(s) se vean interrumpidas por la migración (en ambos casos de los padres sin el niño, o del niño sin sus padres o hermano(s)), deberá tenerse en cuenta la preservación de la unidad familiar al evaluar el interés superior del niño en las decisiones sobre reagrupación familiar.

33. En el caso de niños indocumentados en el contexto de la migración internacional, los Estados desarrollarán y aplicarán directrices, teniendo especial cuidado en que los plazos, poderes discrecionales, o la falta de transparencia en los procedimientos administrativos no deberían entorpecer el derecho del niño a la reagrupación familiar.

34. En el caso de niños no acompañados o separados, incluidos niños separados de sus padres debido a la aplicación de las leyes en materia de inmigración, tales como la detención de los padres, deberán iniciarse y aplicarse sin demora para ellos soluciones sostenibles basadas en los derechos, incluida la posibilidad de la reagrupación familiar. Si el niño tiene familia en el país de destino, el país de origen o un tercer país, las autoridades encargadas de la protección y bienestar de los niños en los países de tránsito o destino deberán ponerse en contacto con los familiares lo antes posible. La decisión de si un niño debería reunirse con su familia en el país de origen, tránsito o destino deberá basarse en una evaluación seria en que su interés superior sea una consideración primordial, y se tenga en cuenta la reagrupación familiar, y que incluya un plan de reintegración en el cual se garantice al niño la participación en el proceso.

35. No deberá perseguirse la reagrupación familiar en el país de origen si existe un "riesgo razonable" de que dicho retorno conduciría a la vulneración de los derechos humanos del niño. Cuando la reagrupación familiar en el país de origen no sea el interés superior del niño o no sea posible debido a obstáculos legales o de otro tipo al regreso, las obligaciones en virtud de los artículos 9 y 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño surten efecto y deberán regir las decisiones del Estado sobre la reagrupación familiar en ese caso. Deberán establecerse medidas para que los padres se reúnan con sus hijos o regularicen su situación en función del interés superior de sus niños. Los países deberán facilitar procedimientos de reagrupación familiar a fin de concluirlos de una manera expeditiva, conforme al interés superior del niño. Se recomienda que los Estados apliquen procedimientos de determinación del interés superior para concluir la reagrupación familiar.

36. Cuando un país de destino niegue la reagrupación familiar al niño o a su familia, deberá proporcionar información detallada al niño, de una manera amable y adecuada a la edad, sobre las razones de la denegación y el derecho del niño a recurrir.

37. Los niños que permanezcan en sus países de origen pueden terminar emigrando irregularmente y de forma insegura, tratando de reunirse con sus padres o hermanos mayores en los países de destino. Los Estados deberán desarrollar procedimientos de

reagrupación familiar efectivos y accesibles que permitan a los niños emigrar de forma regular, incluidos los niños que permanezcan en sus países de origen que puedan emigrar irregularmente. Se insta a los Estados a que desarrollen políticas que permitan a los migrantes ser acompañados regularmente por sus familias para evitar la separación. Los procedimientos deberán tratar de facilitar la vida familiar y garantizar que cualquier restricción sea legítima, necesaria y proporcionada. Aunque este deber es principalmente para los países de acogida y de tránsito, los Estados de origen también deberán tomar medidas para facilitar la reagrupación familiar.

38. Los Comités son conscientes de que los recursos económicos insuficientes a menudo obstaculizan el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y de que la falta de pruebas para demostrar unos ingresos familiares adecuados puede constituir una barrera a los procedimientos de reagrupación. Se insta a los Estados a que proporcionen ayuda económica adecuada y otros servicios sociales a esos niños y su(s) padre(s), hermanos y, en su caso, otros familiares.

El disfrute de los derechos previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño no se limita a los niños que sean ciudadanos de un Estado parte y, por tanto, deberán estar a disposición de todos los niños, incluidos niños solicitantes de asilo, refugiados y migrantes, independientemente de su nacionalidad, condición de inmigrante o apátrida.

El principio de no discriminación, en todas sus facetas, se aplica respecto a todos los trámites con niños separados y no acompañados. En particular, prohíbe la discriminación por motivo de la condición de no acompañado o separado del niño, o por ser un refugiado, solicitante de asilo o migrante.

Observación general N.º 6 (General Comment no. 6): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño (CRC), Doc. de la ONU CRC/GC/2005/6, 1 de septiembre de 2005

12. Las obligaciones del Estado en virtud de la Convención se aplican con referencia a todos los menores que se encuentren dentro de su territorio y a los que estén por otro concepto sujetos a su jurisdicción (art. 2). Estas obligaciones a cargo del Estado no podrán ser arbitraria y unilateralmente recortadas, sea mediante la exclusión de zonas o áreas del territorio del Estado, sea estableciendo zonas o áreas específicas que quedan total o parcialmente fuera de la jurisdicción del Estado. Por otra parte, las obligaciones del Estado de acuerdo con la Convención se aplican dentro de las fronteras de ese Estado, incluso con respecto a los menores que queden sometidos a la jurisdicción del Estado al tratar de penetrar en el territorio nacional. Por tanto, el disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores -sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes- con independencia de su nacionalidad o apátrida, y situación en términos de inmigración.

18. El principio de no discriminación, en todas sus manifestaciones, se aplica a todos los aspectos del trato de los menores separados y no acompañados. En particular, prohíbe toda discriminación basada en la situación de no acompañado o separado del menor o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante. Este principio no excluye -e incluso puede exigirla- diferenciación fundada en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género. Deben tomarse también disposiciones en previsión de hipótesis de prejuicios o de actitudes de rechazo social de los menores no acompañados o separados. A propósito de los menores no acompañados o separados, las medidas de policía o de otro carácter con referencia al orden público sólo son admisibles si se ajustan a la ley, suponen una apreciación individual y no colectiva, respetan el principio de proporcionalidad y representan la opción menos intrusiva. A fin de no infringir el mandato de no discriminación, las medidas descritas nunca podrán ser aplicadas a un grupo o sobre

una base colectiva.

20. La determinación del interés superior del niño exige una evaluación clara y a fondo de la identidad de éste y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección. Así pues, permitir el acceso del menor al territorio es condición previa de este proceso de evaluación inicial, el cual debe efectuarse en un ambiente de amistad y seguridad y a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género.

21. Decisiones subsiguientes, como el nombramiento de un tutor competente lo antes posible, constituyen una garantía procesal importantísima para el respeto del interés superior de los menores no acompañados o separados de su familia. Así pues, el menor no podrá entablar los procedimientos de obtención del asilo u otros procedimientos sino después del nombramiento de un tutor. Si el menor separado o no acompañado solicita el asilo o entabla otros procesos o actuaciones administrativas o judiciales, además del tutor, se le nombrará un representante legal.

2. Derecho internacional y normas sobre reagrupación familiar

El Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, que adoptaba la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, afirmaba que: "la unidad de la familia, elemento natural y fundamental de la Sociedad, es un derecho esencial del refugiado".

Directrices de Protección Internacional N.º 8: Solicitudes de asilo de niños bajo los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ACNUR, Doc. de la ONU, HCR/GIP/09708, 22 de diciembre de 2009. ([Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1\(A\)2 and 1\(F\) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UNHCR, UN Doc. HCR/GIP/09/08, 22 December 2009](#))

Para el caso de niños solicitantes no acompañados o separados, se necesita tan pronto como sea posible, hacer esfuerzos para iniciar la localización y la reunificación familiar con los padres u otros miembros de la familia. Sin embargo, habrá excepciones para estas prioridades cuando se obtenga información que sugiera que la localización o la reunificación puede poner en peligro a los padres u otros miembros de la familia; que el niño haya sido sujeto de abuso o abandono; y/o cuando sus padres o familiares pueden estar implicados o involucrados en su persecución.

Conclusión N.º 107 (LVIII) del Comité Ejecutivo del ACNUR ([UNHCR, Executive Committee Conclusion No. 107 \(LVIII\)](#))

Apartado (h)(iii)

Facilitar a los niños el disfrute de la unidad familiar estableciendo procedimientos para evitar la separación y, con respecto a los niños no acompañados o separados de sus familias, facilitar que el niño busque a sus familiares y se reúna con ellos de conformidad con su interés superior y teniendo debidamente en cuenta la legislación nacional de cada Estado.

Conclusión N.º 15 del Comité Ejecutivo del ACNUR ([UNHCR Executive](#))

Committee, Conclusion No. 15)

Apartado (e)

En interés de la reunión de las familias y por razones humanitarias, los Estados deberían facilitar la admisión a su territorio de, al menos, el cónyuge y los hijos menores o dependientes de cualquier persona a la cual se hubiera otorgado refugio provisional o asilo permanente.

Conclusión N.º 24 del Comité Ejecutivo del ACNUR (UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 24)

Apartado 8

Con el fin de fomentar la integración rápida de las familias de refugiados en el país de asentamiento, debe concederse en principio a los familiares próximos el mismo estatuto jurídico y las mismas facilidades que al jefe de familia a quien se ha reconocido oficialmente como refugiado.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendaba que las solicitudes se atendieran "de manera positiva, humanitaria y expeditiva" y estipulaba que "si las solicitudes de reagrupación familiar de esas personas fuesen denegadas, se debería disponer de una revisión independiente e imparcial de dichas decisiones".⁵

Artículo 8 del CEDH

El Estado de destino de un migrante tiene la obligación positiva de facilitar la reagrupación familiar en su territorio si existe un impedimento objetivo insalvable que impida al migrante ya en su jurisdicción realizar sus derechos a la vida familiar en otro lugar.

Sen c. los Países Bajos, TEDH, párrs. 40-4 (Sen v. the Netherlands, ECtHR, paras. 40-4.)

En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que existía un "impedimento insalvable" al disfrute de la vida familiar fuera del país de residencia porque la madre que buscaba la reagrupación familiar con su hijo a quien se había dejado en el país de origen, también tenía un segundo hijo en el país de destino que había crecido allí. En este caso, el Tribunal consideró que la reagrupación en el país de destino habría sido la solución más adecuada para desarrollar una vida familiar, considerando las dificultades que el reasentamiento de toda la familia en el país de origen habrían causado al segundo hijo.

Las condiciones para la reagrupación familiar impuestas por un Estado deben ser razonables y no deben vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar. El Tribunal no consideró irrazonable el requisito de que un adulto que busque la reagrupación familiar con sus hijos en su país de origen, "demuestre que él o ella tiene una renta suficiente, independiente y duradera, que no sean prestaciones sociales, para cubrir los costes básicos de subsistencia de los miembros de la familia con los que busca reunirse". [Haydarie y otros c. los Países Bajos (Haydarie and Others v. the Netherlands), decisión de admisibilidad 8876/04 TEDH].

⁵ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación N.º R (99) 23, párr. 4

Una norma o práctica sobre reagrupación familiar que discrimine por motivos de sexo incumpliría la prohibición de discriminación en relación con el derecho a la vida familiar. [Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido ([Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom](#)), TEDH, párrs. 74-83]

Haydarie y otros c. los Países Bajos ([Haydarie and Others v. the Netherlands](#)), 20 de octubre de 2005

Los obstáculos a la reagrupación familiar o condiciones para esta no pueden vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar cuando pueda demostrarse que son irrazonables. En este caso, el Tribunal no consideró irrazonable el requisito de demostrar una renta suficiente, independiente y duradera, que no sean prestaciones sociales, para cubrir los costes básicos de subsistencia de los miembros de la familia con los que se buscaba la reunión.

Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido ([Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom](#)), 24 de abril de 1985

En este caso, se consideró que una norma que discrimina con respecto a la reagrupación familiar ya sea negativa o positivamente, por motivos de sexo incumpliría la prohibición de no discriminación en relación con el derecho a la vida familiar.

Al examinar si un Estado ha cumplido su obligación positiva en virtud del Artículo 8 del CEDH con respecto a la reagrupación familiar de un progenitor migrante con un niño que se encuentra fuera del país, el Tribunal Europeo valorará la edad del niño en cuestión, su situación en su país de origen y la medida en que el niño es dependiente de sus padres.

Tuquabo-Tekle y otros c. los Países Bajos ([Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands](#)), TEDH, 1 de diciembre de 2005

47. En lo que respecta a la cuestión de en qué medida es cierto que el establecimiento de Mehret en los Países Bajos sería el medio más adecuado para que los solicitantes desarrollaran una vida familiar juntos, el Tribunal observa que la presente solicitud es muy similar al caso de Şen c. los Países Bajos (...), en el que consideró que se produjo una vulneración del Artículo 8 de la Convención. Este caso también concernía a unos padres con condición de inmigrante establecido en los Países Bajos que decidieron dejar a una hija (Sinem) al cargo de familiares en su país de origen (Turquía) durante unos años antes de solicitar reunirse con ella. En esta coyuntura, el Tribunal observaría que es cuestionable la medida en que puede sostenerse en el presente caso, como hizo el Gobierno, que la Sra. Tuquabo-Tekle dejó a Mehret "por su propia voluntad", teniendo en cuenta que huyó de Eritrea durante una guerra civil para buscar asilo en el extranjero tras la muerte de su marido. Sea como fuere, no es en absoluto el caso que la Sra. Tuquabo-Tekle y su marido, igual que el Sr. y la Sra. Şen, hubieran estado residiendo legítimamente en los Países Bajos durante unos años, optando incluso, y obteniendo, la nacionalidad neerlandesa. Además, y también al igual que en el caso Şen, la pareja había tenido dos niños en los Países Bajos: Tmnit en 1994 y Ablel en 1995. Estos dos niños siempre han vivido en los Países Bajos y su entorno cultural y lingüístico, tienen la nacionalidad neerlandesa y van allí al colegio. Por consiguiente, solamente pueden tener lazos mínimos, de haberlos, con el país de origen de sus padres (véase Şen, § 40).

48. Fueron precisamente estas circunstancias las que llevaron al Tribunal a concluir en el caso de Şen que existía un impedimento importante para la vuelta de esa

familia a Turquía, y que permitir a Sinem ir a los Países Bajos sería la forma más adecuada en que la familia podría desarrollar una vida familiar con ella. El Tribunal añadió que esto era así más aún cuando, habida cuenta de la corta edad de Sinem, su integración en la unidad familiar más próxima de sus padres era particularmente exigente (...). Es en este último contexto donde los dos casos difieren: mientras que Sinem Şen tenía nueve años cuando sus padres solicitaron reunirse con ella (...), Mehret ya tenía 15 cuando su madre y padrastro solicitaron un visado de residencia provisional en nombre de esta (véase el apartado 11 anterior). Por tanto, surge la cuestión de si esto constituye una diferencia tan importante que el caso actual debería, por esa razón, distinguirse del de Şen, y conducir a un resultado diferente.

49. De hecho, el Tribunal ha desestimado previamente casos acerca de solicitudes de reunión familiar fallidas y demandas al amparo del Artículo 8 en los que los niños afectados habían, mientras tanto, llegado a una edad en la que presumiblemente no tenían tanta necesidad de cuidados como los niños pequeños y eran cada vez más capaces de arreglárselas solos. En casos de esta naturaleza, el Tribunal también ha examinado si los niños habían crecido en el entorno cultural y lingüístico de su país de origen, si tenían otros familiares allí, y si cabía esperar que los padres volvieran a ese país (...).

50. En el caso en cuestión, el Tribunal señala que los demandantes no han alegado que los familiares que han estado cuidando a Mehret, quien sin duda tiene fuertes lazos culturales y lingüísticos con Eritrea desde que su madre se fue, ya no pudieran hacerlo. Sin embargo, han argumentado que la edad de Mehret, más que hacerla menos dependiente de su madre, hacía aún más pertinente que se la permitiese unirse a su familia en los Países Bajos porque, de acuerdo con la costumbre de Eritrea, la abuela de Mehret la había sacado del colegio, y Mehret además había cumplido una edad en la que podría casarse (...). Aunque la Sra. Tuquabo-Tekle no estaba de acuerdo con las elecciones que se habían hecho para Mehret, no podía hacer nada al respecto mientras su hija viviese en Eritrea. El Tribunal está de acuerdo con el Gobierno en que los argumentos en este contexto no garantizan, por sí mismos, la conclusión de que el Estado tiene la obligación positiva de permitir a Mehret residir en los Países Bajos. Aun así, y teniendo en cuenta que ella era, después de todo, todavía una menor, el Tribunal acepta en las circunstancias particulares del caso en cuestión que la edad de Mehret en el momento en que se presentó la solicitud de reagrupación familiar no es un elemento que debiera llevarle a evaluar el caso de forma diferente que el de Şen.

52. Considerando lo anterior, el Tribunal resuelve que el Estado demandado no ha llegado a un equilibrio justo entre los intereses de los demandantes, por un lado, y su propio interés en controlar la inmigración, por el otro. Por tanto, se ha producido una vulneración del Artículo 8 de la Convención.

Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica ([Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium](#)), TEDH, 12 de octubre de 2006

En este caso el Tribunal examina las obligaciones de Bélgica en relación con la reagrupación familiar de una niña no acompañada menor de 18 años allí presente con su madre que estaba en Canadá.

(Aplica el artículo 3 del CEDH):

58. El Tribunal considera que las medidas que tomaron las autoridades belgas: informar a [la madre] acerca de la ubicación, darle un número de teléfono en el que pudiera localizar a su hija, nombrar a un abogado para ayudar a la [hija] y colaborar con las autoridades canadienses y la embajada belga en Kinshasa no fueron para nada suficientes para cumplir la obligación del Estado belga de cuidar a [la hija]. Además, el Estado tenía muchos medios a su disposición [...].

(Aplica el artículo 8 del CEDH):

82. [...] El Tribunal señala además que, lejos de ayudarla a que se reuniera con su madre, las acciones de las autoridades de hecho lo dificultaron. Tras haber sido informadas desde el principio de que [la madre] estaba en Canadá, las autoridades belgas deberían haber hecho una consulta más detallada a sus homólogos canadienses a fin de aclarar la ubicación y lograr la reunión de madre e hija. El Tribunal considera que este deber pasó a ser más apremiante a partir del 16 de octubre de 2002 en adelante, fecha en que las autoridades belgas recibieron el fax del ACNUR que era contradictorio con la información que habían tenido antes.

85. Finalmente, dado que [la hija] era una menor extranjera no acompañada, el Estado belga tenía la obligación de facilitar la reagrupación familiar [...].

Mengesha Kimfe c. Suiza (*Mengesha Kimfe v. Switzerland*), TEDH, 29 de julio de 2010

En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que un programa de asilo suizo que asignaba a refugiados a una residencia obligatoria en un cantón (región) concreto del país, haciendo así muy difícil mantener los lazos familiares entre dos refugiados vulneraba el derecho de estos a la vida familiar de acuerdo con el artículo 8 del CEDH. El deseo de una distribución equitativa de los refugiados en el país por razones económicas no anulaba legítimamente el derecho de los refugiados a la vida familiar.

En lo que concierne a la inmigración, no se puede considerar que el artículo 8 impone a un Estado la obligación general de respetar la elección por parte de parejas casadas de su país de domicilio conyugal.

Gül c. Suiza (*Gül v. Switzerland*), TEDH, 19 de febrero de 1996

38. El Tribunal reitera que el objeto esencial del artículo 8 (art. 8) es proteger a la persona frente a la acción arbitraria por parte de las autoridades públicas. Además, puede haber obligaciones positivas inherentes al "respeto" efectivo de la vida familiar. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado a tenor de esta disposición (art. 8) no se prestan a una definición precisa. Los principios aplicables son, no obstante, similares. En ambos contextos debe tenerse en consideración el equilibrio justo al que se tiene que llegar entre los intereses contrapuestos de la persona y de la comunidad en su conjunto; y en ambos contextos el Estado disfruta un cierto margen de apreciación (...). El presente caso concierne no solamente a la vida familiar sino también a la inmigración, y el grado de la obligación de un Estado de admitir en su territorio a familiares de inmigrantes establecidos variará según las circunstancias concretas de las personas implicadas y del interés general. Por una cuestión de legislación internacional sólidamente establecida y con sujeción a sus obligaciones derivadas de los tratados, un Estado tiene el derecho a controlar la entrada de extranjeros en su territorio (...). Además, en lo que concierne a la inmigración, no se puede considerar que el artículo 8 impone a un Estado la obligación general de respetar la elección por parte de parejas casadas de su país de domicilio conyugal y de autorizar la reagrupación familiar en su territorio. A fin de establecer el ámbito de las obligaciones del Estado, deben considerarse las circunstancias del caso (...).

39. En este caso, por tanto, la tarea del Tribunal es determinar en qué medida es cierto que el traslado de Ersin a Suiza sería la única forma de que el Sr. Gül desarrollara una vida familiar con su hijo.

42. En vista de la cantidad de tiempo que el Sr. y la Sra. Gül han vivido en Suiza, ciertamente no sería fácil para ellos volver a Turquía, pero, estrictamente hablando,

no existen obstáculos que les impidan desarrollar una vida familiar en Turquía. Esa posibilidad es aún más real si cabe porque Ersin siempre ha vivido allí y, por tanto, ha crecido en el entorno cultural y lingüístico de su país. En este punto la situación no es la misma que en el caso *Berrehab*, en el que la hija de un demandante marroquí había nacido en los Países Bajos y pasado toda su vida allí (véase la referida sentencia *Berrehab*, pág. 8, párr. 7).

43. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, y aunque reconoce que la situación de la familia Gül es muy difícil desde el punto de vista humano, el Tribunal resuelve que Suiza no ha incumplido las obligaciones previstas en el artículo 8 párr. 1 (art. 8-1), y que, por tanto, no ha habido injerencia según lo previsto en ese Artículo (art. 8-1).

Dependencia

En muchos países, el permiso de residencia de una persona que entra a un país a efectos de reagrupación familiar está supeditado a:

(a) la existencia y validez del permiso, ya sea por motivos de trabajo o de protección internacional, de un titular de permiso principal, es decir, generalmente alguien que migró allí primero, o

(b) su relación familiar con un ciudadano del país.

En ambos casos esto conduce a la dependencia de la existencia de la relación con esa persona.

Los organismos y mecanismos internacionales de derechos humanos han reconocido la vulnerabilidad de las mujeres cuyos permisos de residencia dependen de su empleo o relación con una pareja. El CEDAW ha recomendado que los Estados adopten normativas que permitan a una mujer migrante trabajadora a la que se conceda un permiso de residencia en función del respaldo de un empleador o cónyuge seguir residiendo en el país legítimamente si huye del empleador o cónyuge por abusos o si fuese despedida de dicho empleo por quejarse de dicho abuso. El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado asimismo que los Estados deberían considerar conceder a las mujeres inmigrantes que sean o hayan sido víctimas de violencia doméstica un derecho independiente a la residencia.

Recomendación general N.º 26 sobre las trabajadoras migratorias, doc. de la ONU CEDAW/C/2009/WP.1/R (2008) ([General Recommendation No. 26](#))

26. (f) Reglamentos no discriminatorios para la obtención del permiso de residencia: en los casos en que el permiso de residencia de las trabajadoras migratorias dependa del patrocinio del empleador o el marido, los Estados Partes deben adoptar disposiciones para permitir la obtención de permisos de residencia independientes. Estas disposiciones deberían facilitar la continuación de la permanencia legal de las mujeres que huyen de sus empleadores o cónyuges abusivos o que son despedidas por denunciar abusos (artículo 2 f));

Recomendación Rec (2002) 5 adoptada por el comité de Ministros del Consejo de Europa [[Recommendation Rec\(2002\)5](#)]

24. garantizar especialmente que se faciliten todos los servicios y recursos legales disponibles para víctimas de violencia doméstica a las mujeres inmigrantes, a su petición;

59. considerar, en caso necesario, la garantía de un derecho independiente de residencia para las mujeres que hayan sido víctimas de violencia doméstica, con objeto de brindarles la posibilidad de dejar a sus maridos violentos sin tener que abandonar el país de acogida.

Comité de Ministros en la Recomendación Rec(2002)4 (Recommendation Rec(2002)4) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el estatuto jurídico de las personas admitidas a la reagrupación familiar, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 2002 en la the 790ª reunión de los Viceministros

I. Autonomía de la condición de residente del miembro de la familia en relación con la del titular principal del derecho.

1. Transcurrido un período de cuatro años de residencia legal, debería concederse a los miembros adultos de la familia un permiso de residencia autónomo independiente de aquel del principal.

2. En caso de divorcio, separación o fallecimiento del principal, un miembro de una familia que haya sido residente legalmente durante al menos un año podrá solicitar un permiso de residencia autónomo. Los Estados miembros considerarán debidamente dichas solicitudes. En sus decisiones, el interés superior del niño será una consideración primordial.

Menores no acompañados y reagrupación familiar

Observación general N.º 6 (2005) (General Comment no. 6): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Comité de los Derechos del Niño. Doc. de la ONU CRC/GC/2005/6 de 1 de septiembre de 2005

80. La localización (...) es un ingrediente esencial de la búsqueda de una solución duradera y debe gozar de prioridad, salvo cuando el acto de localización o la forma en que ésta se realiza van contra el interés superior del menor o ponen en peligro los derechos fundamentales de las personas que se trata de localizar. En todo caso, al efectuar la localización, no se hará ninguna referencia a la condición del menor como candidato al asilo o refugiado. Sobre la base de estas condiciones, los intentos de localización proseguirán también durante el procedimiento para obtener la condición de refugiado. En el caso de los menores que se encuentren en el territorio del Estado de acogida, sea a título de asilo, de formas complementarias de protección o debido a obstáculo de hecho o de derecho a la expulsión, debe buscarse una solución duradera.

(...)

82. La reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor y, por tanto, no debe procurarse cuando exista un "riesgo razonable" de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor. Ese riesgo debe indiscutiblemente consignarse al reconocer la condición de refugiado o cuando las autoridades competentes resuelven sobre la aplicabilidad de las obligaciones de no devolución (incluidas las derivadas del artículo 3 de la Convención contra la Tortura y los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Por consiguiente, el reconocimiento de la condición de refugiado constituye un obstáculo jurídico a la devolución al país de origen y, por tanto, a la reunión familiar en éste. Si las circunstancias en el país de origen presentan riesgos de nivel inferior y, por ejemplo, puede sospecharse que el menor se verá afectado por los efectos indiscriminados de una violencia generalizada, se prestará plena atención a estos riesgos frente a otras consideraciones fundadas en derechos como las consecuencias de una prolongación de la separación. En este contexto, debe recordarse que la supervivencia del menor es primordial y presupuesto del disfrute de los demás derechos.

83. Si no es posible la reunión familiar en el país de origen, sea a causa de obstáculos

jurídicos que impidan el retorno, sea porque la ponderación del retorno contra el interés superior del menor inclina la balanza en favor de este último, entran en juego las obligaciones estipuladas en los artículos 9 y 10 de la Convención, que deben regir las decisiones del Estado de acogida sobre la reunión familiar en su propio territorio. En este contexto, se recuerda especialmente a los Estados Partes "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" y "no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares" (párrafo 1 del artículo 10). Según el párrafo 2 del mismo artículo, los países de origen deben respetar "el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido del propio, y a entrar en su propio país".

Conclusión N.º 24 del Comité Ejecutivo del ACNUR ([UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 24](#))

7. "(...) debería hacerse lo posible por localizar a los padres o a los parientes cercanos de los menores no acompañados".

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Dinamarca, CCPR/CO/70/DNK a 15 de noviembre de 2000 ([Concluding Observations on Denmark, CCPR, UN Doc. CCPR/CO/70/DNK, 15 November 2000](#))

Párrafo 15

El Comité observa que, a tenor del párrafo c) del artículo 40 de la Ley de extranjería, el Servicio de Inmigración puede pedir una prueba del ADN al solicitante y a las personas con quienes éste afirme tener vínculos familiares como fundamento para solicitar el permiso de residencia. La prueba del ADN puede tener importantes repercusiones en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 17 del Pacto. Dinamarca debería garantizar que esa prueba sólo se aplique cuando sea necesario y apropiado para determinar los vínculos familiares en los que haya de basarse un permiso de residencia (...).

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Francia, CCPR/C/FRA/CO/4 a 31 de Julio de 2008 ([Concluding Observations on France, CCPR, CCPR/C/FRA/CO/4, 31 Jul 2008](#))

Preocupa al Comité la latitud de los procedimientos de reunificación de la familia para los refugiados reconocidos. Observa además que el procedimiento que permite el uso de pruebas de ADN como forma de determinar la filiación a los efectos de la reunificación de la familia, introducido en el artículo 13 de la Ley N.º 2007/1631, de 20 de noviembre de 2007, puede plantear problemas en cuanto a su compatibilidad con los artículos 17 y 23 del Pacto, a pesar de su carácter facultativo y las garantías procesales previstas en la ley (arts. 17 y 23).

Legislación de la UE

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

De acuerdo con la Carta de la UE, se tendrá en cuenta y respetará el interés superior del menor (artículo 24), así como el derecho a la vida privada y familiar (artículo 7).

Directiva de Reagrupación Familiar

La reagrupación familiar de nacionales de terceros países en la UE se rige de acuerdo con la Directiva de Reagrupación Familiar de 2003. Sus disposiciones han sido aclaradas posteriormente más en profundidad por la jurisprudencia del TJUE y, en 2014, por las Directrices de aplicación emitidas como Comunicación por la Comisión Europea ([Interpretative guidelines issued as Communication by the European Commission](#)).

El TJUE ha aclarado que la Directiva obliga a los Estados miembros, en supuestos específicos, a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional (TJUE, C-540/03).

El TJUE aclaró además que las disposiciones de la Directiva de Reagrupación Familiar requieren que los Estados garanticen que la reagrupación familiar sea la regla general (apartado 43 de la sentencia emitida en el asunto Chakroun. La discrecionalidad prevista en la Directiva debe "interpretarse de manera estricta". La interpretación de las disposiciones de la Directiva no debe menoscabar su efecto útil).

El TJUE también hacía hincapié en que los Estados deben "examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores y procurando favorecer la vida familiar" (O., S. & L.).

Asunto C-540/03, Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea, TJUE, 27 de junio de 2006 (C-540/03, EP v Council of the European Union, CJEU, 27 June 2006)

[...] el artículo 4, apartado 1, de la Directiva impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que se corresponden con derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obligan a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional (apartado 60).

[...] como se desprende del artículo 17 de la Directiva, la duración de la residencia en el Estado miembro es sólo uno de los elementos que éste debe tener en cuenta al examinar una solicitud y no puede imponer un período de espera sin tener en cuenta, en casos específicos, el conjunto de los elementos pertinentes. (apartado 99).

Asunto C-578/08, Chakroun, TJUE, 4 de marzo de 2010 C-578/08, Chakroun, CJEU, 4 March 2010

43. (...) Dado que la autorización de reagrupación familiar es la regla general, la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva debe interpretarse de manera estricta. Por otro lado, el margen de apreciación reconocido a

los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, que es favorecer la reagrupación familiar, ni su efecto útil.

64. (...) necesidad de no interpretar las disposiciones de la Directiva de manera restrictiva y de no privarlas de su efecto, (...)

Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos C-356/11 y C-357/11 de 6 de diciembre de 2012 (C-356/11 and C-357/11, O. and S. and L., CJEU, 6 December 2012)

81. Incumbe a las autoridades nacionales competentes, al aplicar la Directiva 2003/86 y al examinar las solicitudes de reagrupación familiar, proceder a una apreciación equilibrada y razonable de todos los intereses en juego, teniendo en cuenta especialmente los de los menores afectados.

82. (...) dicha facultad debe ejercerse a la luz de los artículos 7 y 24, apartados 2 y 3, de la Carta, que obligan a los Estados miembros a examinar las solicitudes de reagrupación familiar en interés de los menores afectados y procurando también favorecer la vida familiar, así como evitando menoscabar tanto el objetivo de la citada Directiva, como su efecto útil. (...)

Condiciones

La Directiva permite a los Estados miembros exigir condiciones para la reagrupación familiar, entre otras: costes, requisito de vivienda, seguro de enfermedad, recursos suficientes, medidas de integración previas, etc. El TJUE aclaró que siempre tiene que realizarse una evaluación individual de cada caso y que el objetivo de la Directiva es favorecer la reagrupación familiar y su efecto útil.

Directiva de Reagrupación Familiar (Family Reunification Directive)

Artículo 7(1)

Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de:

(a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate;

(b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia;

(c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.

Los criterios adoptados con respecto a las condiciones para la reagrupación familiar no pueden ser discriminatorios. Los criterios usados por los Estados miembros deben ser transparentes y estar claramente especificados en la legislación nacional.⁶

La expresión “sin recurrir al sistema de asistencia social” se ha interpretado en el asunto Chakroun.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 2010, Chakroun, asunto C-578/08 (C-578/08, Chakroun, 4 March 2010:)

1. La expresión “recurrir al sistema de asistencia social”, contenida en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que no permite a un Estado miembro adoptar una normativa en materia de reagrupación familiar que la deniega a un reagrupante que ha demostrado disponer de recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, pero que, habida cuenta de la cuantía de sus ingresos, podrá no obstante solicitar una prestación asistencial especial en caso de que existan gastos particulares e individualmente determinados necesarios para su subsistencia, a desgravaciones concedidas por las autoridades municipales en función de los ingresos o a medidas de apoyo a los ingresos en el marco de las políticas municipales de renta básica (“minimabeleid”).

2. La Directiva 2003/86, y, en particular, su artículo 2, letra d), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, al aplicar los requisitos de ingresos establecidos en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86, realiza una distinción en función de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante en territorio del Estado miembro de acogida.

Medidas de integración

Directiva de Reagrupación Familiar ([Family Reunification Directive](#))

Artículo 7(2) medidas de integración

Los Estados miembros podrán requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional.

Comunicación de la Comisión Europea: Directrices de aplicación a la Directiva 2003/86/CE ([Interpretative guidelines](#))

4.5 Medidas de integración

(...) los Estados miembros pueden imponer a los miembros de la familia el requisito de cumplir determinadas medidas de integración conforme al artículo 7, apartado 2, requisito que no puede, sin embargo, convertirse en una condición absoluta de la que dependa el derecho a la reagrupación familiar. La naturaleza de las medidas de integración del artículo 7, apartado 2, difiere de la de las condiciones establecidas en el artículo 4, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1. En primer lugar, el artículo 4, apartado 1 —solo como cláusula suspensiva— permite a los Estados miembros

⁶ Directrices de aplicación (Comunicación de la Comisión Europea: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52014DC0210>)

comprobar si los hijos de más de 12 años de edad que lleguen independientemente del resto de sus familias cumplen los criterios de integración antes de autorizar su entrada y residencia.

En contraste, el artículo 7, apartado 2, permite a los Estados miembros que exijan a los nacionales de terceros países el cumplimiento de medidas de integración. Los Estados miembros pueden requerir a los miembros de la familia que hagan cierto esfuerzo para demostrar su voluntad de integración, exigiéndoles, por ejemplo, su participación en cursos de idiomas o de integración antes o después de su llegada. La propia finalidad de estas medidas, a saber, facilitar el proceso de integración, implica que las modalidades que los Estados miembros conciben para esa posibilidad no pueden ser ilimitadas.

El artículo 7, apartado 2, contempla la posibilidad de solicitar a un inmigrante que haga los esfuerzos necesarios para poder desarrollar su existencia cotidiana en la sociedad en la que se tiene que integrar y la posibilidad de que los Estados miembros comprueben si esa persona muestra la voluntad necesaria de integración en su nuevo entorno. Para comprobar esa voluntad, puede recurrirse a consistir en un examen sobre las capacidades básicas consideradas necesarias con tal fin. Ese examen debe integrar la perspectiva de género para no descuidar la situación de algunas mujeres que puedan tener, por ejemplo, un bajo nivel de educación. El nivel de dificultad del examen, las tasas de participación, la disponibilidad del material didáctico necesario para preparar el examen o la accesibilidad del examen propiamente dicho no deben ser obstáculos que compliquen, de hecho, la consecución de este objetivo. **Dicho de otro modo, las medidas de integración que un Estado miembro pueda exigir no deben resultar en una "obligación de hacer" que, en la práctica, suponga una medida limitativa de la posibilidad de reagrupación familiar. Las medidas deben, por el contrario, contribuir al éxito de la reagrupación familiar.**

Además, las medidas de integración deben ser proporcionadas y aplicarse con la flexibilidad necesaria para garantizar que, sobre la base de un examen individual y habida cuenta de las circunstancias específicas, la reagrupación familiar pueda concederse incluso cuando no se cumplan los requisitos de integración [55]. Los Estados miembros deberán por lo tanto contemplar la posibilidad de una excepción, un aplazamiento o modalidades diferentes de medidas de integración para tener en cuenta los problemas específicos o las circunstancias personales del inmigrante en cuestión.

Las circunstancias individuales específicas que podrían tenerse en cuenta son, por ejemplo, las capacidades cognitivas, la situación de vulnerabilidad de la persona en cuestión, los casos especiales de inaccesibilidad de centros docentes o de examen u otras situaciones de excepcional dificultad. Es preciso prestar una especial atención al hecho de que, en algunas partes del mundo, las mujeres y las niñas tienen un acceso más limitado a la educación y pueden presentar un nivel de alfabetización inferior.

Por lo tanto, los Estados miembros no podrán denegar la entrada ni la estancia en su territorio a un miembro de la familia contemplado en el artículo 4, apartado 1, por el único motivo de que, estando todavía en el extranjero, no haya aprobado el examen de integración requerido por la legislación de ese Estado miembro [56].

La Comisión considera que los Estados miembros deben adoptar las medidas de integración necesarias para que los miembros de la familia se familiaricen con su nuevo país de residencia y adquieran competencias lingüísticas que faciliten el proceso de integración. Por ello, opina que los cursos de lenguas e integración deben ser accesibles (estar disponibles en varios lugares), gratuitos o al menos asequibles y adaptados a las necesidades individuales, incluidas las específicas de género (por ejemplo, guarderías). Si bien las medidas de integración previas a la salida pueden ayudar a los migrantes a prepararse a su nueva vida en el país de acogida, ofreciéndoles información y formación antes de la migración, suelen ser más eficaces

las medidas de integración en el país de acogida.

Período de espera (artículo 8 de la Directiva de Reagrupación Familiar)

Las directrices de aplicación ([Interpretative guidelines](#)) de la Comunicación de la Comisión Europea aclaraban que no se puede imponer un período de espera uniforme y general que se aplique de idéntica forma a todos los solicitantes.

Asunto C-540/03 de 27 de junio de 2006 (C-540/03, EP v Council of the European Union, 27 June 2006)

"La duración de la residencia en el Estado miembro es sólo uno de los elementos que éste debe tener en cuenta; (también debe) tener en cuenta, en casos específicos, el conjunto de los elementos pertinentes" (apartado 99), "los Estados miembros deben velar por tener debidamente en cuenta el interés mejor del menor." (apartado 101).
Objetivo: "cerciorarse de que la reagrupación familiar se producirá en buenas condiciones, después de que el reagrupante haya residido en el Estado de acogida durante un período suficientemente prolongado para presumir una instalación estable y cierto grado de integración".

Comunicación de la Comisión Europea: Directrices de aplicación a la Directiva 2003/86/CE ([Interpretative guidelines](#))

4.6 Período de espera

(...) El TJUE ha subrayado que la duración de la residencia en el Estado miembro es solo uno de los elementos que este debe tener en cuenta al examinar una solicitud, y que no puede imponer un periodo de espera sin tomar en consideración, para cada caso específico, el conjunto de los elementos pertinentes, velando siempre por los intereses superiores de los hijos menores. (...)

Tasas

Las directrices de aplicación de la Comisión Europea aclaraban que está autorizado percibir unas tasas administrativas razonables y proporcionadas por las solicitudes de reagrupación familiar. También aclaraba que los Estados miembros tienen un margen discrecional limitado para fijar esas tasas, ya que tienen que asegurarse de que no comprometen la consecución de los objetivos de la Directiva ni su eficacia. Las tasas deben ser proporcionadas en comparación con aquellas impuestas a los nacionales por permisos similares.

Comunicación de la Comisión Europea: Directrices de aplicación a la Directiva 2003/86/CE ([Interpretative guidelines](#))

3.1. Presentación de la solicitud

(...) Los Estados miembros están autorizados para percibir unas tasas administrativas razonables y proporcionadas por las solicitudes de reagrupación familiar, y tienen un margen discrecional limitado para fijar esas tasas, siempre y cuando no comprometan la consecución de los objetivos de la Directiva ni su eficacia [32]. El nivel en que se fijen las tasas no deberá tener como finalidad ni como efecto crear un obstáculo al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar. Las tasas con importante impacto financiero para los nacionales de terceros países que cumplan las condiciones establecidas en la presente Directiva podrían impedirles el ejercicio que la misma les confiere y ser, per se, excesivas y desproporcionadas [33]. Para determinar si son proporcionadas, las tasas impuestas a nacionales de terceros países y a los miembros

de sus familias con arreglo a la Directiva 2003/86/CE podrían compararse a las impuestas a los nacionales por la expedición de documentos similares, teniendo en cuenta que esas personas no están en situaciones idénticas [34]. A fin de promover la protección de los intereses superiores del menor, la Comisión anima a los Estados miembros a disponer que las solicitudes presentadas por menores queden exentas de tasas administrativas. En caso de que se requiera un visado de entrada en un Estado miembro, se facilitarán las condiciones de expedición del mismo y se suprimirán las tasas administrativas adicionales.

5.1. Entrada, visados para estancias de larga duración y permisos de residencia

(...) La expedición de los visados puede dar lugar al cobro de tasas administrativas que no sean excesivas ni desproporcionadas y que no tengan como finalidad ni como consecuencia crear un obstáculo a la adquisición de los derechos contemplados en la presente Directiva, privándola, con ello, de su eficacia.

6.1.2. Ausencia de justificantes oficiales

(...) La Directiva no impide a los Estados miembros cobrar a los refugiados o a los solicitantes la realización de las pruebas de ADN u otras investigaciones. No obstante, las tasas percibidas en esos conceptos no pueden ser excesivas ni desproporcionadas hasta el punto de crear un obstáculo a la obtención de los derechos otorgados por la Directiva y de privarla, con ello, de su eficacia [74]. La Comisión considera que, para la fijación de esas tasas potenciales, los Estados miembros deben tener en cuenta la situación particular de los refugiados, y anima a los Estados miembros a que sufraguen ellos mismos los costes de las pruebas de ADN, especialmente si estas se imponen a los refugiados o los miembros de sus familias.

Los Estados deben permitir la exención de realizar el examen en casos individuales, y las tasas de los exámenes no deben ser tan altas como para constituir un obstáculo al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar (véanse a continuación las Conclusiones de la Abogada General Kokott en el asunto C-153/14. Debe hacerse hincapié en que las conclusiones de la Abogada General no motivan un razonamiento basado también en el Derecho internacional, sino que lo limita a la legislación europea).

Conclusiones de la Abogada General en el Asunto C-153/14 K y A ([Advocate General's Opinion in Case C-153/14 K and A](#)):

Las conclusiones de la Abogada General Kokott manifiestan que la reagrupación familiar, en el caso de matrimonios que son nacionales de terceros países, pueden en principio supeditarse a que el cónyuge, que pretende reunirse con su familia, apruebe un examen que valore su conocimiento sobre el país de acogida al que se presenta la solicitud y del idioma de este. Los Estados deben permitir la exención de realizar el examen en casos individuales, y las tasas de los exámenes no deben ser tan altas como para constituir un obstáculo al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

La Abogada General concluyó que la legislación neerlandesa es, sin embargo, desproporcionada e incompatible con la Directiva si el requisito de realizar el examen de integración cívica se aplica incluso cuando ese requisito no resulta razonable para la persona que desea acogerse a la reagrupación familiar, a la vista de su situación individual, o si debido a las circunstancias especiales del caso individual, existen motivos que requieran la autorización de la reagrupación familiar a pesar de no haberse aprobado el examen.

Según la Abogada General Kokott, la Directiva también se opone a las disposiciones nacionales que supeditan la realización de un examen de integración cívico, como en este caso, cuando estas tasas y el cobro de estas pueden obstaculizar el ejercicio del

derecho a la reagrupación familiar a quienes deseen acogerse a él.

Duración de los trámites (artículo 5, apartado 4, de la Directiva de Reagrupación Familiar)

Como norma general, con una situación de carga de trabajo normal, una solicitud típica debe tramitarse rápidamente y sin demoras innecesarias. Si, de forma excepcional, la carga de trabajo supera la capacidad administrativa o si la solicitud requiere un examen más detenido, podrá justificarse el plazo máximo de nueve meses. Ese período de nueve meses empieza a correr en la fecha de primera presentación de la solicitud y no en el momento de acuse de recibo de la solicitud por el Estado miembro. La excepción contemplada en el artículo 5, apartado 4, párrafo segundo, que permite prorrogar el plazo de nueve meses, se justifica únicamente en circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de una solicitud específica. Esta excepción debe ser objeto de una interpretación restrictiva e individual para cada caso. Los Estados miembros deberán justificar esta prórroga.

Comunicación de la Comisión Europea: Directrices de aplicación a la Directiva 2003/86/CE ([Interpretative guidelines](#))

3.3. Duración de los trámites

El artículo 5, apartado 4, impone a los Estados miembros la obligación de notificar por escrito lo antes posible la decisión adoptada acerca de una solicitud. El considerando 13 especifica que el procedimiento de examen de las solicitudes debe ser eficaz y aplicable, habida cuenta de la carga de trabajo de las administraciones de los Estados miembros.

Por lo tanto, como norma general, con una situación de carga de trabajo normal, una solicitud típica debe tramitarse rápidamente y sin demoras innecesarias. Si, de forma excepcional, la carga de trabajo supera la capacidad administrativa o si la solicitud requiere un examen más detenido, podrá justificarse el plazo máximo de nueve meses. Ese periodo de nueve meses empieza a correr en la fecha de primera presentación de la solicitud y no en el momento de acuse de recibo de la solicitud por el Estado miembro.

La excepción contemplada en el artículo 5, apartado 4, párrafo segundo, que permite prorrogar el plazo de nueve meses, se justifica únicamente en circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad del examen de una solicitud específica. Esta excepción debe ser objeto de una interpretación restrictiva e individual para cada caso. La administración de un Estado miembro que desee acogerse a esta posibilidad deberá justificar esa prórroga, demostrando que la complejidad excepcional de un caso equivale a la existencia de circunstancias excepcionales. La situación de la capacidad administrativa no podrá justificar ninguna prórroga excepcional, y toda prórroga deberá limitarse al plazo mínimo que sea estrictamente necesario para tomar una decisión. Circunstancias excepcionales relacionadas con la complejidad de un caso particular podrán ser, por ejemplo, la necesidad de determinar el vínculo familiar en el contexto de múltiples unidades familiares, el sobrevenimiento de una grave crisis en el país de origen que impida el acceso a los registros administrativos, dificultades para organizar entrevistas con los miembros de la familia en el país de origen debido a la situación de seguridad o a las dificultades de acceso a misiones diplomáticas, o determinación de la custodia legal si los padres están separados.

El artículo 5, apartado 4, establece que la decisión ha de notificarse por escrito y que, si es denegatoria, debe estar justificada con motivos legales y factuales para que el solicitante pueda ejercer efectivamente su derecho a interponer un recurso judicial.

SECA

El Reglamento de Dublín⁷

El artículo 8 del Reglamento de Dublín establece que, si un menor no acompañado llega a un Estado miembro de la UE, y ya tiene miembros de la familia legalmente presentes en otro Estado miembro de la UE, ese Estado será responsable de su solicitud de asilo, y deberá facilitarse la reagrupación familiar. Lo mismo es de aplicación cuando ya se haya concedido a algún miembro de la familia protección internacional en otro Estado miembro de la UE (artículo 9) o cuando se esté revisando la solicitud de protección internacional de miembros de la familia (artículo 10).

Directiva sobre el reconocimiento (Qualification Directive)⁸

La Directiva sobre el reconocimiento aboga por la unidad después de llevar a cabo un procedimiento sobre el fondo de la cuestión en casos en que la persona no cumpla individualmente las condiciones para dicha protección.⁹

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011

Artículo 23 Mantenimiento de la unidad familiar

1. Los Estados miembros velarán por que pueda mantenerse la unidad familiar
2. Los Estados miembros velarán por que los miembros de la familia del beneficiario de protección internacional que no cumplan individualmente las condiciones para acogerse a dicha protección tengan derecho a solicitar las prestaciones previstas en los artículos 24 a 35, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con la condición jurídica personal del miembro de la familia de que se trate.
3. Los apartados 1 y 2 no serán aplicables cuando el miembro de la familia esté o deba estar excluido de la protección internacional en virtud de los capítulos III y V.
4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán denegar, reducir o retirar las prestaciones que en los mismos se mencionan por motivos de seguridad nacional o de orden público.
5. Los Estados miembros podrán decidir que el presente artículo se aplique también a otros familiares cercanos que vivieran juntos como parte de la familia en el momento de abandonar el país de origen y que estuvieran total o principalmente a cargo del beneficiario de protección internacional en dicho momento.

Directiva sobre las condiciones de acogida

La Directiva sobre las condiciones de acogida tiene en cuenta que hay familias con necesidades particulares y que la unidad de las familias debe ser un objetivo esencial.

⁷ 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 apátrida (El Reglamento de Dublín)

⁸ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición).

⁹ Brandl U., en *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (La reforma del Sistema Europeo de Asilo: la nueva legislación europea sobre refugiados) editado por Chetail, De Bruycker, Maiani, pág. 157

La Directiva contiene disposiciones relativas a la localización de miembros de la familia de los menores no acompañados.¹⁰ El artículo 23 hace hincapié en que el principio del interés superior debe ser una consideración básica y que los Estados miembros tendrán especialmente en cuenta las posibilidades de reagrupación familiar (artículo 23, apartado 2, letra a)).

La Directiva establece que los Estados miembros deben adoptar medidas oportunas para mantener la unidad familiar en la medida de lo posible en relación con el alojamiento de las familias (artículo 12, y artículo 18, apartado 5).

III. Expulsiones y el derecho a la vida familiar

Derecho internacional

En los procesos de toma de decisiones sobre la expulsión de los padres o uno de los progenitores de un niño, el principio del interés superior de ese niño debe ser primordial.

Observación general N.º 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. Documento del Comité de los Derechos del Niño de la ONU CRC/GC/2005/6 de 1 de septiembre de 2005 (General Comment no. 6)

81. Con objeto de respetar plenamente la obligación que impone a los Estados el artículo 9 de la Convención de impedir que un menor sea separado de sus padres contra su voluntad, debe procurarse por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12) (véase también la sección IV e), "El derecho del niño a expresar su opinión libremente"). Si bien las circunstancias expresamente recogidas en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 9, esto es, los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, pueden desaconsejar la reunión en cualquier lugar, otras consideraciones fundadas en el interés superior del menor pueden constituir un obstáculo para la reunión sólo en lugares específicos.

Ver también párrafos 82-83

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 8 del CEDH y jurisprudencia: respeto a la vida privada y familiar

Garantías de procedimiento en caso de expulsión (proceso debido, derecho a un juicio justo)

La expulsión debe ser

- a) Conforme a la ley
- b) Perseguir un objetivo legítimo
- c) Necesaria en una sociedad democrática
- d) Proporcional al objetivo que se persigue

A menudo se invoca el respeto de la vida privada y familiar como salvaguarda contra la expulsión en casos relativos a niños respecto a los cuales, de otro modo se habría

¹⁰ Brandl U., en *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law* (La reforma del Sistema Europeo de Asilo: la nueva legislación europea sobre refugiados) editado por Chetail, De Bruycker, Maiani, pág. 155

determinado que no necesitan protección internacional, incluida protección subsidiaria.

La expulsión de un miembro de la familia no nacional supondría una vulneración del artículo 8 "solamente en circunstancias excepcionales" *Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. los Países Bajos* ([Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. the Netherlands](#), párr. 39 y *Nunez c. Noruega* ([Nunez v. Norway](#), párr. 70).

Es posible deportar o denegar la entrada a miembros de la familia siempre y cuando **no existan impedimentos objetivos insalvables** para establecer la vida familiar en otro lugar (Tuquabo/Tekle y otros c. los Países Bajos).

En el asunto reciente de *Jeunesse c. los Países Bajos* ([Jeunesse v. the Netherlands](#)), la Gran Sala del TEDH resolvió que se había producido una vulneración del artículo 8 a pesar de ser consciente la demandante de su situación precaria de residencia antes de empezar su vida familiar en los Países Bajos y a pesar de no existir impedimentos insalvables para que la familia se estableciera en el país de origen de la demandante.

Jeunesse c. los Países Bajos (Jeunesse v. the Netherlands), TEDH, 3 de octubre de 2014

116. (...) El hecho de que se tolerara su presencia durante tanto tiempo, en el cual las autoridades podían haberla expulsado, permitió en efecto a la demandante establecer y desarrollar lazos familiares, sociales y culturales sólidos en los Países Bajos. Las autoridades siempre han conocido la dirección de la demandante, en la que ha vivido durante los últimos 15 años (párr. 116).

117. (...) dados el origen común de la demandante y de su marido, y la relativamente corta edad de sus hijos, parecería que no existían impedimentos insalvables para que se establecieran en Surinam. Sin embargo, es probable que la demandante y su familia sufrieran cierto grado de dificultad si se les obligara a hacerlo. Al evaluar el cumplimiento por parte de las autoridades del Estado de sus obligaciones en virtud del Artículo 8, es necesario tener en cuenta la situación de todos los miembros de la familia, porque esta disposición garantiza la protección a toda la familia.

118. En cuarto lugar, el Tribunal considera que el impacto de la decisión de las autoridades neerlandesas sobre los tres hijos de la demandante es otra característica importante de este caso. El Tribunal observa que debe tenerse en cuenta el interés superior de los hijos de la demandante en este ejercicio de sopesamiento (...) Con respecto a este punto concreto, el Tribunal reitera que existe un amplio consenso, incluso en la legislación internacional, a favor de la idea de que en todas las decisiones que afectan a los niños, su interés superior es de fundamental importancia (...) Aunque por sí solos no pueden ser decisivos, desde luego debe otorgarse un peso significativo a estos intereses. A estos efectos, en casos sobre reagrupación familiar, el Tribunal presta especial atención a las circunstancias de los niños menores afectados, especialmente su edad, su situación en el país o países en cuestión y la medida en que dependen de sus padres (...).

119. Teniendo en cuenta que la demandante cuida diariamente de sus hijos es obvio que se atiende mejor a sus intereses no alterando sus circunstancias actuales con una reubicación forzosa de la madre de los Países Bajos a Surinam o rompiendo su relación con ella como resultado de una separación futura. En este sentido, el Tribunal observa que el marido de la demandante mantiene a la familia trabajando a jornada completa en un trabajo que incluye trabajo por turnos. Por consiguiente, no está en casa algunas tardes. La demandante, que es la madre y la ama de casa, es la persona que principal y constantemente cuida a los niños, que están muy arraigados en los Países Bajos, de donde, como su padre, son nacionales. Los materiales en el expediente del caso no revelan un vínculo directo entre los hijos de la demandante y Surinam, un país en el que nunca han estado.

Maslov c. Austria (Maslov v. Austria) (la prohibición de residencia de larga duración por motivo de delincuencia juvenil no violenta vulnera el derecho a la vida familiar), TEDH, 23 de junio de 2008

41. (...) el Tribunal otorga peso al período de buena conducta tras la liberación del demandante (...). Durante este tiempo no cometió más delitos. El hecho de que pudiera retomar la vida en libertad sin volver a delinquir durante un período considerable mitiga el miedo de que el demandante pueda constituir un peligro para el orden y la seguridad públicos (...)

42. En cuanto a la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares del demandante en Austria, el Tribunal observa que el demandante ha pasado allí los años de formación de su infancia y juventud, y que todos los miembros de su familia próxima viven allí.

43. En cuanto a los lazos del demandante con su país de origen, el Gobierno afirmó que el demandante habla búlgaro, aunque este último lo niega. El Tribunal señala

que, aunque parece probable que el demandante, que vivió en Bulgaria hasta la edad de seis años, tiene conocimientos básicos del idioma hablado, parece creíble que no haya leído o escrito cirílico ya que nunca ha ido al colegio en Bulgaria. Tampoco parece que tenga parientes cercanos allí o que mantuviera otros contactos con su país de origen, a excepción de haber estado de vacaciones allí dos veces.

44. Finalmente, el Gobierno arguyó que la prohibición de residencia tenía una duración limitada. Es cierto que debe tenerse en cuenta la duración de una prohibición de residencia al evaluar su proporcionalidad. Sin embargo, es solamente un factor entre otros (...)

45. Considerando las circunstancias del presente caso, en particular la naturaleza y gravedad de los delitos, que deben clasificarse como delincuencia juvenil no violenta, la buena conducta del demandante tras su salida de la cárcel y su falta de vínculos con su país de origen, una prohibición de residencia de diez años parece no obstante desproporcionada con respecto al objetivo legítimo que se persigue.

46. Por consiguiente, ha habido una vulneración del artículo 8 del Convenio.

El deber del Estado de garantizar un procedimiento justo y regido por el principio de contradicción es de aplicación incluso en casos de expulsión fundamentados en que una persona supone un riesgo para la seguridad nacional.

Al-Nashif c. Bulgaria (Al-Nashif v. Bulgaria), TEDH, Demanda N.º 50963/99, 20 de junio de 2002

137. El Tribunal considera que, en casos de expulsión de extranjeros por razones de seguridad nacional (...) conciliar el interés de preservar la información sensible con el derecho de la persona a un recurso efectivo es obviamente menos difícil que en los antedichos casos en los que el sistema de vigilancia secreta o controles secretos solamente podía funcionar si la persona no conocía las medidas que le afectaban.

Aunque las restricciones procesales pueden ser necesarias para garantizar que no se produzca una filtración perjudicial para la seguridad nacional y aunque cualquier autoridad independiente que trate una apelación contra una decisión de deportación podría tener que permitir un margen amplio de apreciación al ejecutivo en cuestiones de seguridad nacional, esto no puede de ninguna manera justificar acabar totalmente con los recursos cuando el ejecutivo ha decidido invocar el término "seguridad nacional" (...)

Incluso cuando se alegue una amenaza a la seguridad nacional, la garantía de un recurso efectivo requiere, como mínimo, que deba informarse a la autoridad de apelaciones acerca de las razones que fundamentan la decisión de deportación, aunque dichas razones no estén disponibles públicamente. La autoridad debe ser competente para rechazar la aseveración del ejecutivo de que existe una amenaza para la seguridad nacional, si la considera arbitraria o irrazonable. Debe haber alguna forma de procedimiento basado en el principio de contradicción, en caso necesario a través de un representante especial tras haber obtenido una habilitación de seguridad. Además, debe examinarse la cuestión de si la medida impugnada interferiría con el derecho de la persona al respeto de la vida familiar y, de ser así, si se consigue un equilibrio justo entre el interés público en cuestión y los derechos individuales.

El caso concreto de los menores no acompañados

Veinte directrices sobre el retorno forzoso, Comité de Ministros, Consejo de Europa (Twenty Guidelines on Forced Return, Committee of Ministers,

Council of Europe)

Directriz 2.5

Antes de dictar una orden de expulsión respecto de un niño no acompañado, debe concederse asistencia, en particular asistencia jurídica, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño. Antes de expulsar a dicho niño de su territorio, las autoridades del país de acogida deben tener la certeza de que él/ella será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Legislación de la UE

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (Return Directive)

Article 10 Retorno y expulsión de menores no acompañados

1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.
2. Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.

Miembros de la Comisión Internacional de Juristas

Febrero de 2018

Presidente en funciones

Prof. Robert Goldman, Estados Unidos

Vicepresidente

Prof. Carlos Ayala, Venezuela

Vicepresidente en funciones

Juez Radmila Dacic, Serbia

Comité Ejecutivo

(Presidente) Juez Azhar Cachalia, Sudáfrica

Sra. Roberta Clarke, Barbados Canadá

Sra. Hina Jilani, Pakistán

Juez Sanji Monageng, Botswana

Sr. Belisario dos Santos Junior, Brasil

Otros Comisionados:

Prof. Kyong-Wahn Ahn, República de Corea

Justicia Adolfo Azcuna, Filipinas

Sr. Muhannad Al-Hassani, Siria

Sr. Abdelaziz Benzakour, Marruecos

Juez Ian Binnie, Canadá

Juez Sir Nicolas Bratza, Reino Unido

Sr. Reed Brody, Estados Unidos

Prof. Miguel Carbonell, México

Dame Silvia Cartwright, Nueva Zelanda

Juez Moses Chinhengo, Zimbabwe

Prof. Sarah Cleveland, Estados Unidos

Justice Martine Comte, Francia

Justice Elizabeth Evatt, Australia

Sr. Roberto Garretón, Chile

Prof. Jenny E. Goldschmidt, Países Bajos

Prof. Michelo Hansungule, Zambia

Sra. Gulnora Ishankhanova, Uzbekistán

Sr. Shawan Jabarin, Palestina

Sra. Imrana Jalal, Fiyi

Juez Kalthoum Kennou, Túnez

Prof. David Kretzmer, Israel

Prof. César Landa, Perú

Juez Ketil Lund, Noruega

Juez Qinisile Mabuza, Suazilandia

Juez José Antonio Martín Pallín, España

Prof. Juan Méndez, Argentina

Juez Charles Mkandawire, Malawi

Sr. Kathurima M'Inoti, Kenia

Justice Yvonne Mokgoro, Sudáfrica

Juez Tamara Morschakova, Rusia

Sra. Karinna Moskalenko, Rusia

Juez Willy Mutunga, Kenia

Justice Egbert Myjer, Países Bajos

Juez John Lawrence O'Meally, Australia

Sra. Mikiko Otani, Japón

Juez Fatsah Ouguergouz, Argelia

Dr Jarna Petman, Finlandia

Prof. Mónica Pinto, Argentina

Prof. Víctor Rodríguez Rescia, Costa Rica

Sr. Alejandro Salinas Rivera, Chile

Juez Michèle Rivet, Canadá

Prof. Marco Sassoli, Suiza

Justicia Ajit Prakash Shah, India

Justicia Kalyan Shrestha, Nepal

Sr. Raji Sourani, Palestina

Sr. Wilder Tayler, Uruguay

Justice Philippe Texier, Francia

Justicia Lillian Tibatemwa-Ekirikubinza, Uganda

Juez Stefan Trechsel, Suiza

Prof. Rodrigo Uprimny Yepes, Colombia



**International
Commission
of Jurists**

P.O. Box 91
Rue des Bains 33
CH 1211 Geneva 8
Switzerland

t +41 22 979 38 00
f +41 22 979 38 01
www.icj.org