

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El alcance del principio de reunificación familiar ante la facultad
legítima de los Estados para deportar en el Sistema Interamericano de
Derechos Humanos**

Marys Thais Cedeño Bermúdez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado
como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, 15 de abril de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Marys Thais Cedeño Bermúdez

Código: 00202827

Cédula de identidad: 1314951250

Lugar y Fecha: Quito, 15 de abril de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR ANTE LA POTESTAD
LEGÍTIMA DE LOS ESTADOS PARA DEPORTAR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS¹**

**THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF FAMILY REUNIFICATION IN LIGHT OF THE
LEGITIMATE POWER OF STATES TO DEPORT IN THE INTERAMERICAN SYSTEM OF
HUMAN RIGHTS**

Marys Thais Cedeño Bermúdez²
mtcedenob@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo determinar cuál es el alcance de principio de reunificación familiar ante la facultad legítima de los Estados para deportar o expulsar a personas en condición de movilidad humana. Se utilizó una metodología comparativa entre los estándares jurisprudenciales y normativos desarrollados por el sistema interamericano de derechos humanos y el sistema europeo de derechos humanos con el propósito de identificar los instrumentos vigentes que garanticen el principio de reunificación familiar. Finalmente se analizó de qué manera el test de proporcionalidad es un mecanismo eficaz para limitar la facultad de expulsión de los Estados y garantizar la reunificación familiar en el sistema interamericano y su aplicación en las políticas migratorias de Ecuador.

PALABRAS CLAVE

Migración, estatus migratorios, reunificación familiar, deportación.

ABSTRACT

This article aimed to determine the scope of the principle of family reunification in the face of the legitimate power of States Administration to deport or expel a migrant person. A comparative methodology was used between the jurisprudential and normative standards developed by the Inter-American human rights system and the European human rights system in order to identify the instruments in force that guarantee the principle of family reunification. Finally, it analyzed how the proportionality test is an effective mechanism to limit the power of expulsion of States and guarantee family reunification in the Inter-American system and its application in the migration policies of Ecuador.

KEY WORDS

Migration, migration flows, family reunification, deportation.

Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Gabriela Monserrate Flores Villacís.
²© DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- ESTADO DEL ARTE.- 3.-MARCO TEÓRICO.- 4.- MARCO NORMATIVO.- 5.- ALCANCE DEL PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR.- 5.1- PROTECCIÓN FAMILIAR VS REUNIFICACIÓN FAMILIAR.- 5.2- FACULTAD LEGÍTIMA PARA DEPORTAR.- 5.3- DESARROLLO INTERAMERICANO.- 6.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Introducción

Desde la antigüedad el ser humano ha estado siempre en constante tránsito, buscando satisfacer sus necesidades básicas a través de lo que hoy se conoce como migración, entendido como cualquier cambio de residencia que implica según la CEPAL³ “el traspaso de algún límite geográfico u administrativo debidamente definido”.

En la actualidad existen alrededor de 280 millones⁴ de migrantes internacionales en el mundo, de los cuales 73,5 millones corresponden a América, pico de crecimiento que se debe a una interrelación de factores tanto del país de origen, en el que circunstancias como la pobreza, o la persecución política, son determinantes para que el individuo migre a un país receptor con características únicas como la situación geográfica, política, social y económica.

Estudiar la migración entonces, comprende entender que mucho más allá de conocer las razones por las que esta se efectúa, es indispensable profundizar en el rol de los Estados como garante en el reconocimiento de los derechos de las personas en condición de movilidad humana. Esto pues, reconocer los motivos que instaron a los individuos a cambiar de residencia, no basta para determinar los efectos de la incidencia de sus estatus jurídicos en el goce pleno de sus derechos.

En América, uno de los derechos que se ve restringido en movilidad humana, es la reunificación familiar, principio rector de los derechos de los migrantes que determina el alcance de ciertas políticas migratorias agresivas desarrolladas por los Estados y que se ve limitado por la soberanía estatal respecto de políticas de deportación y expulsión que definen bajo qué circunstancias los extranjeros pueden ingresar a sus territorios.

³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Migración: Reporte Anual 2021. Recuperado el 15 de abril de 2022.

⁴ Portal de Datos sobre Migración. *Reporte anual 2020: Una perspectiva Global*. Recuperado el 16 de abril de 2022.

Considerando ese aspecto, en el siguiente artículo se analizará cuál es el alcance de este principio respecto de las facultades legítimas de cada Estado para expulsar y deportar y cuáles son los mecanismos que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede implementar para asegurar normativas gubernamentales que no vulneren los derechos humanos de las personas en condición de movilidad humana.

2. Estado del Arte

La migración como derecho ha sido susceptible de un desarrollo jurídico vasto en los últimos años. Ha sido estudiada desde varias aristas determinando su implicación en el derecho, la economía, y la política, dando como resultado la incidencia de ella en varias esferas de la sociedad. En la presente sección, se abordará el desarrollo doctrinario de la migración como derecho, a partir del presupuesto más básico concebido para poder abordar sus efectos en la reunificación familiar.

En 1968 Hannah Arendt⁵ introduce un concepto disruptivo a la concepción general de la protección de los derechos humanos: el derecho a tener derechos. Con él, Arendt pretende demostrar que, en la migración, el efecto más importante no es la salida de una persona de un Estado y la pérdida de su ciudadanía, la familia, o de un hogar, sino que es la privación de su derecho a pertenecer a una comunidad y a consecuencia, la ausencia de un pleno reconocimiento de sus derechos.

De esta manera, Arendt propone al derecho a tener a derechos cómo la primera y más básica facultad del ser humano, que permite a los individuos pertenecer a la sociedad, y una vez ocurra esto, los demás derechos les son otorgados. Así, la autora objeta la posición colectiva que según Michelman⁶, no reconoce “la desnaturalización general de derechos humanos que deja a las personas migrantes sin derecho a tener derechos”, y limita la concepción tradicional que estima a la ciudadanía como un medio que otorga derechos, posicionando la premisa del derecho a tener derechos como antesala al ejercicio y goce del resto de ellos.

Partiendo de este entendimiento, el derecho a migrar puede ser comprendido desde varias áreas. Sandro Mezzadra⁷ lo cataloga como un derecho de fuga, aquel que es ejercido por quienes deciden migrar, y que, a consecuencia de ello, altera la noción básica de ciudadanía. Esto, porque ya no comprende la naturalidad de la estabilidad y nacimiento

⁵ Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, (Nueva York, Harcourt, 1968), pp. 290-302.

⁶ Michelman, Frank, “Parsing ‘Right to Have Rights’”, *Constellations*, (1996), pp. 200-208, 3.

⁷ Mezzadra, S. “Derecho de fuga”, en “Migraciones, ciudadanía, globalización,” (Madrid/Buenos Aires, Traficantes de sueños/Tinta Limón, 2008).

de una persona, sino que más bien, es la decisión del individuo de modificar su estatus civil.

Para el autor, la individualidad y la conciencia del migrante son elementos determinantes para ejercer el derecho de fuga. La primera, singulariza la persona y evita que el migrante sea reducido a un estereotipo cultural y étnico, y en cambio, amplía el espectro que analiza la particularidad que este tiene en la producción de su identidad. El segundo, expone la exteriorización del deseo interno de emigrar, poniendo en evidencia la naturaleza política de las disputas actuales sobre migraciones.

No obstante, Seyla Benhabib⁸ considera que lo que realmente existe es el derecho a pertenecer, que expone la implicación de una pertenencia política que les corresponde a todos por la cualidad inherente de ser seres humanos y no en virtud de ser ciudadanos, cualidad última que depende del Estado. Para la autora, la noción de soberanía es clave para que este último determine la pertenencia política y desarrolle prácticas que permitan a los migrantes convertirse en ciudadanos del país de destino.

Es importante mencionar también, de acuerdo con Louise Arbour⁹ que la migración varía en tipos, pero son la regular y la irregular los grupos predominantes en esta. La primera, según la autora “se refiere a las personas que entran o se quedan en un país del que no son ciudadanos a través de canales legales”; mientras que la migración irregular hace referencia a la situación jurídica de las personas cuyo estatus migratorio no está en conformidad con los requisitos gubernamentales del país receptor.

Sin embargo, Michael Fix y Wendy Valdéz¹⁰ sostienen que el problema de la migración no queda relegado en el mero reconocimiento de los derechos de los migrantes, sino que se extiende a la protección de la unidad familiar, lo que hace que el foco de protección se especialice y exponga situaciones jurídicas que los estados no contemplan.

Estos flujos son un desafío para los Estados porque en varios casos se transgreden las normativas nacionales que determinan en qué condiciones los no nacionales pueden entrar a su territorio, y por qué estas personas son más propensas, con el único fin de preservar la familiar, a sufrir privaciones y vulneraciones de derechos humanos y discriminación, requiriendo asistencia prioritaria.

⁸ Benhabib, S. “Los derechos de los otros”, en *Extranjeros, residentes y ciudadanos*, (Barcelona, Gedisa, 2005)

⁹ Louise, Arbour. Pacto Mundial sobre Migración: ¿a qué obliga y qué beneficios tiene? Naciones Unidas (2019).

¹⁰ Michael, Fix, y Wendy, Zimmerman. “All Under One Roof: Mixed-Status Families in an Era of Reform” *International Migration Review*, (2018) p. 397–419, 35.

Con relación a lo anterior mencionado, Juan Carlos Ferrada y Karina Uribe¹¹ sostienen que una de las limitaciones que suele ser determinante para el futuro de las familias migrantes, es la falta de aplicación del principio de reunificación familiar, el cual, a pesar de estar reconocido por jurisprudencia vinculante de los organismos internacionales de derechos humanos, colisiona con el reconocimiento de este a nivel nacional.

A decir de los autores, los Estados no toman en consideración que “el derecho a que la familia permanezca unida alcanza incluso a los adultos implicados en procedimientos de deportación, lo que también es consecuencia de la protección de los derechos de los niños afectados por la medida administrativa.”

Es debido a ello, que Pablo Fernández¹² establece que no existe un principio de reunificación familiar como tal, pues los Estados poseen un margen de apreciación en el que puede decidir sobre el futuro del migrante, mientras garantice el respeto a la vida de familia. Sin embargo, el autor explica que cuando las personas migrantes hagan alusión al principio de reunión familiar para poder ingresar a un territorio, o a su vez para no ser expulsado de él, el Estado únicamente puede negarlo si no se vulneran otros derechos humanos, o en caso de existan situaciones que pongan en amenaza el orden público.

3. Marco Teórico

De acuerdo con Rodrigo Brito¹³, los derechos deben ser abordados desde el constitucionalismo global. Una perspectiva que propone la eliminación de las fronteras jurídicas para garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales. Esto genera, según el autor, un espectro de protección más amplio y permite que las limitaciones de las legislaciones nacionales de cada Estado no impidan el ejercicio de los derechos constitucionales.

Sin embargo, Miguel Carbonell¹⁴ considera que esta alusión es utópica, porque aterrizar esa perspectiva a derechos específicos como los de los migrantes, genera incertidumbre jurídica. Carbonell explica que esto sucede debido a la escasa capacidad de los Estados para enfrentar una globalización de derechos, particularmente “en la vigilancia de la entrada de los diversos, ante una latente tentativa de excluirlos.”

¹¹ Juan Carlo, Bórquez, & Karina Peña. “La reagrupación familiar como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria”. *Revista de Derecho*, (2021), pp. 225-246, 36.

¹²Pablo, Fernández. “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”. *Revista de Derecho*. Universidad de Huelva, (2002) pp. 375-394, 32.

¹³ Rodrigo, Brito Melgarejo. *Constitucionalismo global*. (México: Porrúa, 2015).

¹⁴Miguel, Carbonell. “Derecho a migrar” en *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, de H. Fix-Zamudio, D.Valadés (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011).

En este sentido, explica el autor que, el fondo del análisis sobre las personas migrantes cruza la consideración subjetiva que los señalan como los “otros”, y debe enfocarse en la deferencia que se les da a los migrantes, tanto al cruzar la frontera y cuando se encuentran en territorio que no es el de su país de origen.

Así mismo, desde un punto de vista sociológico, se encuentra la teoría del sistema mundial, fundamentada en un análisis histórico estructural que explica las diferencias económicas y sociales latentes entre los países desarrollados y en vía de desarrollo y/o menos desarrollados. Esta teoría sostiene que las divergencias de oportunidades en esferas como el trabajo, el núcleo familiar, o la incidencia política, son consecuencia de los desequilibrios realizados por los países económicamente más fuertes, pues estos únicamente “buscan aprovechar materias primas, mano de obra barata, y extraer utilidades.”

Siguiendo esta pauta, estas brechas alcanzan a grupos de atención prioritaria, tales como los migrantes, ya que “los cambios presentados generan alteraciones, entre ellas la sustitución de actividades y el consecuente desplazamiento de mano de obra del sistema tradicional¹⁵.” A consecuencia, estos desplazados emigran a los países económicamente desarrollados a realizar las labores que las personas del país receptor ya no están dispuestos a realizar.

De esta manera, se genera una perpetuación de desigualdades que incide en el ejercicio de los derechos de los individuos. Esto, ya que obligan a los migrantes a despojarse del goce de determinados derechos, debido a condiciones de facto creadas por los países desarrollados. Así, derechos como el acceso a la reunificación familiar, y la vida digna, se ven restringidos debido a la influencia de un país económicamente estable, en las que sus facultades legítimas se ven afectadas.

No obstante, la teoría del enfoque de sistemas indica que la migración debe ser entendida desde un enfoque multidisciplinario, ya que su incidencia en varias áreas permite la observación de problemas que se encuentran interrelacionados entre sí. En el tratamiento internacional, Arango, precursor de esta teoría¹⁶ afirma que, “los sistemas de migración son espacios caracterizados por la asociación relativamente estable de una serie de países receptores con un número determinado de regiones de origen.”

Según el autor, estas asociaciones no son un mero resultado de las corrientes migratorias, sino que estas se ven reforzadas por vínculos de diferente naturaleza y admite

¹⁵ Miguel, Carbonell. “Derecho a migrar”, pp 23.

¹⁶ Joaquín, Arango, *La explicación teórica de las migraciones: luces y sombras*, (2000), pp. 42.

la posibilidad de encontrar soluciones que abarquen todas las esferas relacionadas a la migración, constituyendo un efectivo estudio de la misma. Estos vínculos, están relacionados a “la homogeneidad estructural relativa, proximidades geográficas, la similitud de políticas, y pertenencia a organizaciones supranacionales.”

De acuerdo con Arango, este tipo de estudio podría aumentar su capacidad explicativa de la migración incluyendo las redes migratorias, las instituciones sociales, políticas, asociativas y, por consiguiente, la concepción jurídica de un Estado respecto de la protección de derechos de las personas migrantes. Así se desarrollarían políticas nacionales que incluyan diferentes escenarios migratorios y limitaría las normativas restrictivas de los Estados, que podrían ocasionar una vulneración de derechos.

Ante esto, es importante señalar lo establecido por Ermanno Vitale¹⁷ al respecto de los Estados, indicando que no son entes preparados para abordar los derechos de los migrantes, pues en lugar de realizar una adecuada adaptación de normas que permitan la creación de políticas públicas eficientes; clasifican a los migrantes en categorías como si de eso dependiera la protección de sus derechos, y lo único que obtienen en consecuencia, es el rechazo, la desregularización y constante vulneración de derechos humanos.

Así, dice el autor, que “el objetivo ideal consiste en lograr que nadie sea extranjero desde el punto de vista jurídico y político, sin importar el lugar que el individuo escoja para transitar o residir.” De esta manera, obtener una visión completa sobre la migración permitirá una garantía de derechos integral en el marco legal de cada Estado, que englobe los diferentes escenarios de las personas migrantes.

Tomando en cuenta las teorías mencionadas, la presente investigación abordará como referencia principal la teoría del enfoque de sistemas. Esto pues, analizar la migración desde un enfoque interseccional permitirá entender la interrelación de los problemas migratorios actuales a través del reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos de las personas migrantes y permitirá entender la reunificación familiar como un problema migratorio que se ve impactado por situaciones externas al derecho en sí mismo.

4. Marco Normativo

De acuerdo con lo establecido anteriormente, los derechos migratorios en gran medida están condicionados por el estatus legal, las limitaciones de los Estados *-sobre todo receptores-* respecto de quiénes pueden ingresar al país, y en muy pocos casos por

¹⁷ Ermanno, Vitale. *Ius migrandi*, (Madrid: Melusina, 2006), pp. 24.

la protección de los derechos humanos, y más bien se precisa el argumento de soberanía como garantía de los Estados para poder emitir políticas migratorias controversiales.

Estas consideraciones afectan varias esferas de la sociedad, siendo una de ellas la familia, que debido a la precariedad de vida que estas poseen en sus países de origen, fuerzan a uno de sus integrantes a emigrar bajo condiciones que perpetúan la desigualdad y los hacen acreedores de un espectro de protección poco abordado en el derecho internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹, y el Pacto de Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁰, reconocen todos, el derecho a la familia como núcleo esencial de la sociedad, el cual debe protegerse a través de los diferentes mecanismos que el Estado pueda proveer.

La familia, según la consideración de estos instrumentos, debe ser entendida como elemento natural y fundamental que debe asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades, considerando la protección y garantía de los derechos y el interés superior de cada uno de sus miembros.

Esta protección que se le brinda a la unidad familiar desde el ámbito de los derechos humanos, desde hace algunos años considera su impacto en aplicación del principio de la reunificación familiar de los migrantes. De esta manera, se lo ha venido concibiendo como un derecho que merece una protección especial por parte de los Estados.²¹

Así, en el sistema universal de derechos humanos, SUDH, se destaca el Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familiares,²² cuyo objetivo principal es la protección de los derechos humanos, ddhh, de las personas que salen de sus países en busca de oportunidad laborales y mejorar la economía de su familia, determinando que la aplicación de sus derechos y

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, ratificada por el Ecuador el 21 de diciembre de 1945, ratificado por Ecuador el 21 de diciembre de 1945.

¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificada por Ecuador, ratificado por Ecuador el 16 de diciembre de 1966.

²⁰ Pacto de Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificada por Ecuador, ratificado por Ecuador el 16 de diciembre de 1966.

²¹ Andres, Pizarro, Fernando Méndez. *Manual Internacional de los Derechos Humanos*. (Universal Books, 2006).

²²Convenio sobre la protección de los trabajadores migratorios y los miembros de sus familias, Nueva York, 18 de diciembre de 1990.

de sus familias debe ser entendido sobre la base del principio de igualdad de trato y oportunidades.

En este sentido, el Convenio determina de qué manera los Estados deben aplicar los derechos a las personas migrantes en las diferentes situaciones, ya sea de manera regular o irregular y además establece estándares de protección mínimas relacionados al ejercicio de sus derechos políticos, sociales, culturales y civiles. No obstante, de su importancia, este instrumento ha sido ratificado por pocos países, con ausencia de aquellos que son receptores de grandes afluencias de migrantes.

De la misma manera se encuentra el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989²³, instrumento que determina esenciales disposiciones en materia de reunificación familiar en los niños, niñas y adolescentes. Este instrumento insta a que los Estados provean ayuda humanitaria y expedita todas las solicitudes realizadas por los menores en condiciones de movilidad humana para poder ingresar a un Estado con el objetivo de que procesa la reunificación familiar.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, SIDH, se reconoce en la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH, el derecho a la reunificación familiar como parte de los derechos protegidos para con los niños/as y adolescentes migrantes, el cual se argumenta en el artículo 17 de la CADH²⁴ que dispone la protección integral a la familia y la reconoce como núcleo esencial de la sociedad.

Esta se complementa con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los cuales, sus artículos 15 y 16 respectivamente determinan la importancia de la protección familiar y el derecho de los niños/as y adolescentes a recibir un amparo estatal para que la unidad familiar ocurra en todo momento.

Así mismo, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, CIDH, desarrolló los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.²⁵ Estos principios, tiene como objetivo abordar la importancia de los migrantes que pertenecen a

²³ Convención sobre los Derechos del niño, New York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por Ecuador en 1990.

²⁴Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Ecuador por el 27 de octubre de 1977, artículo 17.

²⁵ Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Resolución 04/19, del 7 de diciembre de 2019.

flujos migratorios mixtos y la protección de sus derechos, siendo la reunificación familiar uno de ellos.

En este sentido, la CIDH en el desarrollo de los principios migratorios²⁶ mencionados determinó que el principio de unidad familiar y la reunificación familiar “deberán ser consideraciones primordiales en cualquier decisión acerca de la situación migratoria, respetando el interés superior de niñas, niños y adolescentes.”

De esta manera, sostienen que los Estados no deben de desarrollar políticas migratorias que induzcan a la separación familiar en los procedimientos migratorios, o de expulsión o deportación; a menos que “la separación responda al interés superior de niñas, niños y adolescentes, situación que debe ser evaluada por las autoridades competentes”.

De esta manera, es posible evidenciar que, si bien la mayor parte de la normativa internacional concibe la protección de la familia y entablan mecanismos para preservarla, poco se intenta por determinar a la reunificación familiar como principio esencial de los derechos migratorios. Es decir, se recomienda su aplicabilidad, pero no se define cuáles son las obligaciones concretas que tienen los Estados para que materialicen este principio y se pueda efectivizar en la realidad. A consecuencia, la reunificación familiar se ve impedida por varias facultades controversiales del Estado que, al aplicarse, restringen la posibilidad de que opere este principio.

5. El alcance del principio de reunificación familiar

5.1 La Protección de la Familia vs Principio Reunificación Familiar

Para analizar con mejor precisión este objeto de estudio, es indispensable distinguir entre la protección familiar y el principio de reunificación familiar. La legislación internacional de derechos humanos determina los derechos y libertades que poseen las personas que pertenecen al núcleo familiar, a pesar de que la unidad familiar no sea sujeto de protección de derechos humanos en sí misma, sino que abarca las garantías de un Estado para proteger la familia a través de políticas y normativas eficientes que permitan que como fin último se preserve la misma ante cualquier circunstancia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, en el caso *Átala Riffo vs Chile*²⁷ indicó que no existe una definición absoluta de familia, sino más bien,

²⁶ *Ibíd*

²⁷ Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, pár 149r., Paraguay.

que su concepto es dinámico y está en constante cambio, haciendo a un lado la visión normativa de la familia tradicional y construyendo una visión integral de los diferentes tipos de familia.

Ante esto, la Corte IDH en el caso Yarce y otras Vs. Colombia²⁸ señala que el artículo 11.2 de la CADH²⁹ se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la protección eficaz de la familia, reconocido en el artículo 17 de la CADH, según el cual los Estados están obligados además de ejecutar medidas de protección a favor de los niños, niñas y adolescentes, “sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.

Dentro de estas obligaciones que la jurisprudencia interamericana y la CADH han determinado que tienen los Estados para con las familias, se encuentra, la protección a la vida familiar³⁰. Esta obligación determina el respeto de los Estados por la familia y las obligaciones que este tiene para con sus miembros, con el objetivo de preservar a largo plazo la unidad familiar.

La protección de la familia³¹ abarca varias obligaciones estatales como el aseguramiento de la unidad familiar, la no injerencia arbitraria, el amparo ante la violencia entre miembros del núcleo familiar, y las garantías gubernamentales para dotarlas del acceso a servicios esenciales y seguridad. A través de la misma, se entiende la protección estatal a nivel social, político y económico a los actores de cada familia, y el respeto del espacio de su desenvolvimiento y las dinámicas de familia que permiten el goce y ejercicio pleno de los derechos de cada uno de sus integrantes.

Así mismo, una obligación que se encuentra íntimamente relacionada con el deber del Estado de proteger a la familia, es la necesidad de abstenerse en injerir en la vida familiar y por ende en la vida privada de los integrantes de una familia. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española³², RAE, la injerencia arbitraria se concibe como “intromisión, actuación sin habilitación ni título en un negocio o competencia ajenos”. Así, esta obligación de no hacer, se traduce en la reserva del Estado de intervenir

²⁸ Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, parr 187.

²⁹ Art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁰ Ana, Badilla. “El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *Cuadernillo 8 de la CIDH*, (2017).

³¹ Herzmann, K. “The protection of marriage and family: a constitutional responsibility to enable all-embracing interaction as a means without an (objective) end”, en *China-EU Law J.* (2019).

³² Real Academia de la Lengua Española. Significado de injerencia.

en las dinámicas y decisiones familiares, a menos que exista una vulneración de derechos de por medio.

Al respecto, la Corte IDH en el caso Yarce y otras Vs. Colombia es enfática al establecer que el artículo 11 de la CADH prohíbe expresamente toda injerencia ya sea esta arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, estableciendo como un componente esencial de esta, la vida privada de sus familias. De esta manera, la Corte expresa que, el derecho a la familia queda exento y es inmune a las invasiones abusivas y arbitrarias de los Estados.

Así, es posible concluir que la familia como el núcleo esencial de la sociedad, obliga a los Estados a garantizar su desarrollo eficaz, con el objetivo de alcanzar una mejora en las condiciones de vida, protegiendo el adecuado ejercicio y pleno goce de sus derechos.

Mientras tanto, la reagrupación o reunificación familiar hace referencia a la oportunidad de que una familia que se ha separado por diversos medios pueda volverse a reunir. No obstante, de acuerdo con la IOM³³, es “el derecho de los no nacionales a ingresar y residir en un país donde los miembros de su familia residen legalmente o donde tienen la nacionalidad para preservar la unidad familiar.” Partiendo de este enunciado, la noción básica de la reunificación familiar debe entenderse desde la regularidad del estatus migratorio de las autorizaciones que el país de destino solicite para admitir su solicitud.

Si bien este concepto no ha tenido una definición clara y un desarrollo jurisprudencialmente amplio en el SIDH, el Consejo de Derechos Humanos de la Unión Europea³⁴ sí lo ha intentado delimitar y precisa que la reagrupación familiar se debe entender como “la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante.”

Estas últimas dos acepciones generan un problema, y es que únicamente consideran la legalidad de las personas en el país de destino y dejan al arbitrio la aplicación de este principio en aquellas familias con estatus migratorios mixtos. La incidencia de esta distinción no es meramente superficial entre migrantes regulares e irregulares, sino que alcanza la falta de determinación jurídica en marcos poco regulados,

³³ Glossary on Migration, International Migration Law n° 34, International Organization for Migration, (2019).

³⁴ Directiva 2003/86/CE, Consejo Europeo de Derechos Humanos, del 26 de marzo de 2003.

sin considerar derechos humanos básicos y las condiciones que obligaron a las personas a decidir ser parte de la población migrante irregular.

Un instrumento internacional que se puede considerar efectivo dentro del marco de derechos europeo es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales, CEDH. Este convenio, en su artículo 8 determina la ponderación de la protección del derecho a la reunificación de la vida familiar a las personas inmigrantes. Si bien, de acuerdo con Gonzales³⁵ esta normativa no “garantiza ningún derecho absoluto para residir en el territorio de un país determinado, no permitir la entrada o permanencia de un extranjero en el país en el que viven familiares puede constituir una injerencia en su vida familiar”.

Respecto de la injerencia en la vida familiar, la Corte IDH en reiteradas ocasiones ha señalado que la protección de la familia³⁶ es indispensable, y que consagrada en el artículo 17 de la CADH³⁷, implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, “siendo que una de las interferencias estatales más graves, es la que tiene por resultado la división de la familia”.

Considerando este último aspecto, en que el sistema interamericano acepta que la división familiar es una forma arbitraria del Estado para injerir en el derecho a la familia, se puede inferir que, si bien no existe una definición jurídica establecida sobre la reunificación familiar, la Corte IDH sí reconoce su importancia dentro del marco de la protección de derechos.

No obstante, la aplicación del principio de reunificación familiar tiene cierto nivel de discrecionalidad que depende de cada Estado. De esta manera, es posible comprender que la reunificación familiar tiene como objetivo la reagrupación de los integrantes de una familia que han sido separados por causas varias, pero que depende de los márgenes deliberativos de cada Estado, en el que deciden que pueden crear políticas nacionales que permitan el acceso a este derecho. El fin ulterior de este principio es preservar la unidad familiar a través de mecanismos de protección de derechos humanos.

5.2 Facultad Legítima de los Estados para expulsar o deportar

De la misma manera, una de las facultades que Estados que imposibilita la reunificación familiar efectiva, es aquella de expulsar o deportar a las personas que se

³⁵ Gonzales,

³⁶Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C, parr 253.

³⁷ Art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

encuentran en sus territorios si no cumplen con los requisitos de este para poder residir en su territorio. No obstante, de esta potestad legítima, se deben considerar otros elementos como la preservación de la unidad familiar. En esta sección se analizará esta facultad de los Estados considerando la aplicación de estándares del Sistema Europeo de Derechos Humanos, SEDH, y la utilización del test de proporcionalidad como herramienta que limita la discrecionalidad de los Estados.

La opinión Consultiva 21/14³⁸ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfatiza la potestad que tienen los Estados para poder limitar la entrada de extranjeros a su país, siendo una de esas las amenazas que podrían tener los migrantes a la seguridad nacional. Ante esto, la Corte IDH ha señalado que:

“Pueden existir situaciones en las cuales exista motivos fundados para considerar que una persona extranjera representa una amenaza a la seguridad nacional o al orden público, pero que no puede ser devuelta al país de origen y no existe un tercer país seguro donde devolverla. La Corte reconoce que en los casos de no reconocimiento de la condición de refugiado ni de un estatus migratorio regular y ante la imposibilidad de la devolución, es necesario precisar si la persona en dicha situación solamente tiene el derecho a no ser devuelta o si, además, es titular de otros derechos que obligarían a la actuación estatal.”

Esto significa que es obligación legítima de los Estados, considerar que, si bien existen personas con estatus migratorios irregulares, se encuentran debidamente justificadas para poder salir al país, si es que este representa un riesgo legítimo e inminente al país de destino.

Es importante destacar que la misma Corte determina que incluso si esta persona representa una amenaza no puede devolverla si el lugar de donde proviene no es seguro. Esta apreciación es interesante porque a pesar de las normativas nacionales que existen, los países no tienen un estándar de derechos migratorios fijo para poder determinar quienes sí pueden representar riesgo y daño asegurado al país.

El concepto de seguridad entonces se ve tergiversado por las políticas nacionales e idealizaciones políticas que comprometen los derechos humanos de las personas en condición de vulnerabilidad por su estatus migratorio. El problema es, que no existe un alcance determinado de la acción estatal para deportar o expulsar de su territorio,

³⁸ Opinión Consultiva 21/14, Derechos y Garantías de los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de agosto de 2014.

únicamente justifican su decisión con la premisa vacía de un perjuicio futuro al Estado y sus ciudadanos.

Ante esto, la Corte IDH, es enfática al determinar que si bien, el Estado tiene su potestad soberana de decidir sobre sus políticas migratorias este debe atenerse a³⁹:

“[...] la norma general en orden a que cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución, y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y, de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo.”

El problema con esta interpretación de la Corte es que los Estados no realizan evaluaciones previas, ni siguen un determinado proceso que posibilite la delimitación clara de cada una de las personas que ingresan al país, únicamente tienen un perfil predeterminado basados en estándares preconcebidos sobre la situación migratoria de una persona. A consecuencia de ello, sus derechos se ven limitados y las expectativas del desarrollo de una vida plena en condiciones eficaces se reducen.

No obstante, la el artículo 29 de la CADH⁴⁰, en relación a la interpretación de las normas, establece que:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que se pueda permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.”

De esta manera, si bien el sistema interamericano reconoce y acepta la posibilidad de expulsión o deportación, como una facultad legítima de los Estados en el marco de sus políticas migratorias, esto siempre debe ajustarse a intereses legítimos que eviten la vulneración de derechos. Ante esto el TEDH⁴¹, en el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido estableció que:

³⁹ Opinión Consultiva 21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, parr 232.

⁴⁰ Art. 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴¹ Caso. Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humano, 28 de mayo de 1985, párr 67-68.

“En un caso relacionado con la vida familiar y la inmigración, la amplitud de la obligación del Estado de admitir en su territorio a parientes de personas que residen en él dependerá de la situación de los interesados y del interés general.”

Así, de acuerdo con Borquez y Uribe⁴², “el Estado parte deberá ponderar los intereses nacionales y de los migrantes, y ajustarse a los parámetros bajo los cuales la interferencia en la vida familiar no resulte arbitraria ni abusiva y, por la cual, su restricción no sea legítima.”

De esta manera, el Estado deberá realizar un equilibrio entre los intereses de la persona, a través de su interés individual y los de la sociedad a través del llamado interés general, estando conscientes de que el Estado cuenta con un margen de apreciación, el cual varía en función de la naturaleza de las situaciones jurídicas y la gravedad o importancia de los intereses de los individuos y de su Estado.

En el mismo sentido, con el objetivo de realizar una adecuada ponderación de los intereses, la CIDH en la Opinión Consultiva 21/14⁴³ ha establecido que “el Estado tiene la obligación de realizar una rigurosa ponderación entre la protección de la unidad familiar y los intereses estatales según cada caso concreto”, mismo que será cumplido únicamente si la medida que se ha previsto en la norma, cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

De esta forma, según Borquez y Uribe⁴⁴, “deberá ponerse especial atención a la circunstancia de que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto de la protección de la familia”. Así, el Estado deberá instar al mantenimiento de la unidad familiar, contemplando medidas alternativas “a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria⁴⁵”.

La Corte IDH en la Opinión Consultiva 21/14, OC, ⁴⁶ha señalado de la misma manera, que cada uno de los Estados tendrá que realizar una evaluación de aquellas circunstancias particulares de las personas en movilidad humana, a quienes les afectará

⁴² Juan, Borquez y Karina, Uribe. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria. Revista de Derecho (Valdivia), (2021).

⁴³ Opinión Consultiva 21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, parr 215.

⁴⁴ Juan, Borquez y Karina, Uribe. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Opinión Consultiva 21/14, Corte Interamericana de Derechos Humanos, parr 146.

la separación de su familia por una decisión del Estado. De acuerdo con Borquez y Uribe⁴⁷ se destacan componentes como, “la historia inmigratoria, en la que se incluye el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor o de su familia con el país receptor”.

En la misma OC 21/14 la Corte IDH, indica las posibles afectaciones que esta facultad podría tener en la persona que se pretender expulsar del país, siendo una de estas la posible ruptura familiar debido a la expulsión que se ha sufrido.

Esto se relaciona con lo establecido por el TEDH en el caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajo⁴⁸s en el que indica que:

“Los factores a tener en cuenta en este contexto son: la medida en que efectivamente existe un obstáculo para la vida familiar, el alcance de los vínculos entre las personas interesadas y el Estado miembro de que se trate, la cuestión de si existen o no obstáculos insalvables para que la familia viva en el país de origen de una o más personas afectadas.”

Es decir, se señalan los efectos colaterales a los demás integrantes de la familia, en donde se enfatizan la dependencia de niños y adolescentes a su cargo, el tiempo que este ha permanecido en esta unidad familiar, o la perturbación en la vida diaria de estos, si la situación familiar cambiara debido a la expulsión de una persona que es indispensable para la familia.

En el mismo sentido, el TEDH en el caso Marckx c. Bélgica⁴⁹ estableció que debe evaluarse que la vida familiar no incluye solamente las relaciones sociales, morales o culturales, sino que “también comprende intereses de carácter material, como la existencia de obligaciones de alimentos o de reserva hereditaria en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados miembros.” Así, esa disposición permite abarcar diferentes tipos de relaciones jurídicas que los Estados deben considerar en el análisis de a quienes expulsan o no, considerando su nexo familiar.

De esta manera, se evidencia que el Estado debe priorizar el interés superior de los integrantes de las familias, sobre todo si se trata de individuos que pertenecen a grupos de atención prioritaria por sobre el interés público que busca proteger. Esto, pues si bien

⁴⁷ Juan, Borquez y Karina, Uribe. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria.

⁴⁸ Caso Rodrigues da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de enero de 2006, párr 39.

⁴⁹ Caso Marckx c. Bélgica, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de octubre de 2006, párr 52.

es legítimo, cuando su aplicación es sesgada puede ser sujeto de perpetuación de vulneración de derechos.

Similarmente, en situaciones donde el Estado puede deportar o no, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH⁵⁰, ha señalado que no es admisible, la aseveración de cualquier Estado sobre el potencial peligro que una persona representa para determinar su expulsión. De esta manera, situaciones como la ejecución de delitos leves o la participación en disturbios sociales, no son una justificación para decisiones arbitrarias.

En este sentido, el Estado debe motivar su actuación en una necesidad social urgente, que no impida el mantenimiento de la unidad familiar de las personas migrantes. De este modo, tal como lo señala Borquez y Uribe⁵¹ “si la expulsión de un extranjero provoca la separación de una familia, el Estado deberá dar una justificación sólida de su interés en expulsar a esa persona del territorio”.

Así entonces, en el SEDH, se estipula que un Estado puede perturbar el ejercicio del derecho de un migrante a la vida familiar, “en la medida que existan razones suficientes que legitimen su actuación y se encuadren en la cláusula de orden público”⁵². Esta disposición se encuentra en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁵³, CEDH, y determina que tanto la condición de necesidad como la de proporcionalidad, son copulativas, y cada Estado deberá efectuarlas para que esta se pueda entender como una medida justificada.

Ante esto último, el sistema europeo utiliza un estándar que, si bien existe en el SIDH, no necesariamente se utiliza para determinar la deportación o expulsión de una persona del territorio, y es el test de proporcionalidad, que analiza la legalidad, el fin legítimo, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas tomadas por un Estado que podrían ocasionar vulneraciones a los derechos y el incumplimiento obligatorio de los Estados a la CADH.

El TEDH, primero determina que debe acreditarse que la injerencia está contemplada en la ley, es decir se debe verificar la legalidad de la medida. En el caso *Sunday Times c. Reino Unido*⁵⁴, el TEDH ha establecido que esto implica tres elementos: que la medida impuesta tenga fundamento en el derecho interno, que la medida sea clara

⁵⁰ Caso Üner c. Países Bajos, párr 54-60

⁵¹ Juan, Borquez y Karina, Uribe. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria.

⁵² Ibidem.

⁵³ Convención Europea de Derechos Humanos, Roma, 4 de noviembre de 1950.

⁵⁴ Caso *Sunday Times c. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de abril de 1979, párr 175.

y desarrolle herramientas de protección contra posibles arbitrariedades de los Estados, y finalmente, que esta medida se encuentre al alcance de todos.

Asimismo, y de acuerdo con Borques y Uribe⁵⁵:

“la medida que determine el Estado debe perseguir un fin legítimo y que, conforme con el artículo 8 del CEDH, estaría dado por las causales de seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.”

Además, la medida que vaya a ser impuesta por los Estados, debe ser considerada necesaria dentro de los principios fundadores de la democracia. La necesidad de acuerdo con Bernal⁵⁶, “implica analizar que toda medida de intervención a los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten,” y en ese sentido, se debe alcanzar el mínimo de idoneidad para que se acredite la decisión impuesta por el Estado.

De esta manera, la facultad de deportar de los Estados debe considerar si realmente la medida impuesta es necesaria en el sentido que evalúen el impacto que menos daño cause, considerando los efectos colaterales al resto de miembros de la familia. Es decir, se debe adoptar la opción menos gravosa entre las que revisten la misma idoneidad para arribar al fin convencional o constitucionalmente legítimo, en cuanto a la afectación del derecho fundamental intervenido.

Eso implica, según Aguilar⁵⁷, que “la medida de afectación o intervención en los derechos fundamentales debe ser la estrictamente indispensable; en los casos difíciles, la medida de intervención será la que, de las alternativas, afecte en menor medida los derechos fundamentales en disputa”.

Finalmente, es esencial que exista una relación de proporcionalidad entre los medios que se van a emplear y el fin a perseguir. De esta manera, se deberá comprobar si los argumentos alegados por los Estados son suficientes y adecuados, pero sobre todo se

⁵⁵ Juan, Borquez y Karina, Uribe. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria.

⁵⁶ Bernal, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

⁵⁷ Juan, Aguilar. Aplicación del test de proporcionalidad en la justicia constitucional en materia electoral en México. [2017, pag 11]. Justicia Electoral, núm. 16, ISSN 0188-7998, vol. 1, julio-diciembre 2015. Pp. 123-150.

deberá considerar la proporcionalidad de lo efectuado para conseguir uno de los fines legítimos que ya se mencionaron anteriormente.

La evaluación de proporcionalidad, implica según Aguilar “en un sentido estricto, evaluar cuál de los intereses en conflicto, jerárquicamente iguales en abstracto, tiene mayor peso en el caso en concreto.” Es decir, hace referencia a que las posibles ventajas que se pueden obtener a través de la limitación del derecho, en este caso a residir en otro país, debe compensar los menoscabos que implica para quienes ejercen este derecho. De esta manera, en la proporcionalidad según el autor, lo que se busca es realizar “una ponderación entre la realización del fin de la medida examinada y la afectación al derecho.”

De acuerdo con Bernal, la ponderación que se debe realizar en la proporcionalidad, tiene que ver con un estudio normativo y empírico. El primero, tiene que ver con los derechos humanos que se encuentran en conflicto, en este caso los derechos migratorios versus la facultad estatal de poder expulsar de un país a quien considere que es una amenaza a su seguridad, y los bienes jurídicos tutelados. Así mismo según el autor, también considera la “intensidad con que la preferencia por un derecho fundamental afecta a otro de la misma naturaleza en conflicto.”

Por su parte, el elemento empírico mide la intensidad de la medida, que según el autor puede ser leve, media o grave y en la que se deben utilizar las variables de “eficacia, de eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la medida y los conocimientos de la ciencia o la técnica, el sentido común y la racionalidad general”⁵⁸ para determinar si la medida es adecuada proporcionalmente o no. Además, es imprescindible a través de este análisis, determinar si va a existir alguna colisión con uno o más derechos al implementar la medida por parte del Estado.

Este tipo de consideraciones son importantes de abarcar, porque los Estados que pertenecen al SIDH no desarrollan políticas conscientes sobre aquellas personas pertenecientes a estatus migratorios mixtos, y luego impiden que la reunificación familiar opere pues no discuten protocolos que aseguren los derechos humanos de los migrantes. A raíz de eso, se utilizan las vías explicadas anteriormente como una alternativa a las disposiciones rígidas de los Estados para alcanzar.

En definitiva, tal como es señalado por el TEDH, cualquier órgano administrativo o judicial que tenga la responsabilidad de decidir sobre la ejecución de la

⁵⁸ Bernal, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

separación familiar bajo la potestad de un Estado para deportar debido al argumento de la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, según lo establecido por Borquez y Uribe⁵⁹ “utilizar el test de proporcionalidad para contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual”.

De esta manera, se puede inferir que el alcance de las obligaciones estatales para con la reunificación familiar y la admisión de los parientes de un migrantes, va a depender en mayor medida por la singularidad de las situaciones jurídicas de las personas en condición de movilidad humana y la evaluación de sus necesidades con base en su interés superior.

En este contexto, es posible evidenciar que el derecho a la vida y unidad familiar se mira perturbado cuando un Estado expulsa o deporta a una persona extranjera. A través de estas medidas se produce un conflicto entre la política migratoria impuesta y el derecho a migrar con énfasis en la protección de la familia. No obstante, el SEDH reconoce que esta es una posibilidad que puede realizarse debido a la facultad legítima de los Estados para deportar, pero debiendo realizar en cada caso, una ponderación de los intereses correspondientes para evitar una vulneración a los derechos humanos de los migrantes.

5.3 Desarrollo interamericano sobre el principio de reunificación familiar

De acuerdo con lo anterior planteado, la facultad de los Estados para deportar o expulsar se convierte en un limitante para el principio de reunificación familiar, cuando estos no poseen estándares definidos que protejan a los individuos pertenecientes a flujos migratorios y la variedad de situaciones jurídicas que impide el goce pleno de sus derechos. Es así que en el presente apartado se explicará cuales son los mecanismos de protección y garantía de la reunificación familiar en SIDH y de qué manera sirven como ruta para el desarrollo de políticas migratorias de los Estados miembros.

Al nivel normativo, el SIDH prevee en el art. 17⁶⁰ de la CADH que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.” Así, a través de este instrumento normativo se decreta la protección a la familia como núcleo esencial de la sociedad y se determina como obligación de los Estados, garantizar a través de mecanismos de protección eficaces, la protección de la vida familiar y una injerencia mínima en las dinámicas de sus miembros.

⁵⁹ Juan, Borquez y Karina, Uribe. La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria.

⁶⁰ Art. 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Trasladando esta disposición al área migratoria, la CIDH, ha desarrollado en los últimos años, dos instrumentos que abordan la reunificación familiar en contextos migratorios. El primero es una guía práctica⁶¹, en la que insta a los Estados a efectivizar la protección de la reunificación familiar durante la pandemia por el Covid-19.

Así, establece que entre los principales desafíos que se encuentran los migrantes respecto de la reunificación familiar, son la falta de identificación de las necesidades individuales de cada uno de ellos, y en lugar de adoptar una medida individualizada, los Estados adoptan políticas generales sin considerar situaciones jurídicas diferentes.

Asimismo, se enfatiza la falta de conocimiento e investigación sobre el impacto de las medidas estatal de expulsión y/o deportación a personas migrantes en la vida familiar, ya que existe una “ausencia de evaluación de vínculos familiares, sociales y/o culturales con el país hacia al que se realiza la deportación o expulsión⁶².” En este sentido, la CIDH sostiene que incluso cuando las personas son deportadas, existen debilidades en los medios de conexión que se utilizan, en el que se garantice la reintegración adecuada y asegurar la unidad o reunificación familiar.

Finalmente, el último reto que enfrentan los migrantes en la actualidad es la imposibilidad de poder cumplir con los requisitos legales, administrativos y logísticos del país receptor a su ingreso. Esta premisa es crucial porque se suma un impedimento más a la entrada de los migrantes a un país. Esto pues la imposición de requisitos que los Estados están conscientes que son de difícil acceso, es utilizado como mecanismo para restringir la recepción de migrantes a su territorio.

De esta manera, la discrecionalidad para deportar a un individuo es justificada con el incumplimiento de los requerimientos migratorios estatales, y en lugar de entenderse como una posible vulneración de derechos humanos por parte de los Estados al establecer requisitos posibles de cumplir al alcance de unos pocos o imposibles de cumplir en su totalidad, se mira como una falta a las políticas migratorias nacionales, y a consecuencia los gobiernos quedan exentos de responsabilidad.

Ante esto, la CIDH expone que los Estados deben “asegurar la reunificación familiar y minimizar los efectos producidos por la separación”⁶³ considerando las

⁶¹ Guía Práctica sobre ¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en contexto de pandemia?, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2019.

⁶² Ibidem.

⁶³ Guía Práctica sobre ¿Cómo hacer más efectiva la protección a la unidad familiar y la reunificación familiar en situaciones de movilidad humana y movimientos mixtos, y en contexto de pandemia?, CIDH.

prácticas que otros países de la región han realizado como la ampliación de plazos para entregar documentación necesaria, reconocer exenciones a determinados grupos de atención prioritarios y finalmente eliminar políticas de tolerancia cero en contra de los migrantes.

Así mismo, la CIDH estableció a través de la resolución 4/19⁶⁴, una serie de principios que los Estados deben seguir respecto de las personas que pertenecen a flujos migratorios mixtos como los apátridas, refugiados y trata de personas. El art. 2⁶⁵ sostiene que “todo migrante tiene derecho al respeto de su dignidad humana, incluida su dignidad física y su integridad sexual, psíquica y moral, cualquiera que sea su situación migratoria o lugar de origen.”

En este sentido, propone dentro de los más básicos principios el derecho de todas las personas a ser tratadas de igual manera, sin discriminación alguna, con una evaluación especializada que permita la adaptación de las políticas migratorias a sus casos y considerando su protección especial debido a su condición de migrante. Así, el art. 32⁶⁶ sostiene que:

“La unidad familiar y la reunificación familiar deberán ser consideraciones primordiales en cualquier decisión acerca de la situación migratoria, valorando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a estar exentos de privación de la libertad. **La separación familiar no puede ser utilizada para coaccionar a los progenitores a renunciar a su derecho a buscar protección** o condición migratoria en otro país.”
[énfasis añadido]

De esta manera, este principio entabla la obligación estatal de proteger la familia y determinarla como eje central para el desenvolvimiento de medidas adecuadas en materia migratoria, indicando que los Estados no pueden utilizar a la separación familiar como mecanismo de coerción para evitar que los migrantes soliciten la protección de su derecho a la unidad familiar y otros derivados a la regularización de sus estatus migratorios.

⁶⁴ Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, CIDH, (2019).

⁶⁵ Art. 2 de los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.

⁶⁶ Art. 3 de los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.

Por su parte, la línea jurisprudencial de la Corte IDH ha determinado la importancia de la reunificación familiar en contextos de flujos migratorios en varias áreas, siendo una de las más amplias la condición de los niños, niñas y adolescentes. Ante esto, la Corte IDH en la OC 21/1⁶⁷4 estableció que:

“Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios son rectores [...] y deben implementarse en todo sistema de protección integral: **el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña** o del niño en todo procedimiento que lo afecte, desde su llegada al país de destino.” [énfasis añadido]

De esta disposición se derivan obligaciones estatales para la protección de los niños, niñas y adolescentes y determina que, desde su arribo al país, la evaluación inicial de la condición migratoria debe ser exhaustiva y preferente, verificando si el menor está acompañado o no. Esto es, identificar si viaja con adultos y determinar su vínculo, hasta las disposiciones migratorias que se van a tomar, considerando la posible separación familiar, en caso de que un Estado decida no dejar entrar a su acompañante.

Esto es interesante, porque se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa. Así, y de acuerdo a la OC 21/14⁶⁸, es indispensable "que el Estado receptor evalúe, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral.”

Si se trata de menores no acompañados, es responsabilidad del Estado, que estos procuren la localización de los miembros de su familia, y si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible. De esta manera, la Corte indica que es “necesario reiterar que en los procesos de expulsión en dónde se encuentren involucrados niñas y niños”⁶⁹, pues el fin ulterior es la protección de su interés superior, entendiéndose que dicho interés se relaciona directamente

⁶⁷ Opinión Consultiva OC-21/14, Corte IDH, parr 168.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

con su derecho a la protección de la familia y el goce pleno de una vida familiar. Ante esto, la Corte IDH es enfática al sostener que:

“que una medida de expulsión o deportación puede tener efectos perjudiciales sobre la vida, bienestar y el desarrollo del niño, por lo que el interés superior debe ser una consideración primordial. De este modo, cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño.”

Así, la protección especial de la que gozan los niños, niñas y adolescentes marca en principio, un límite a la potestad estatal de deportar, pues a pesar de que sea prioridad su atención, la Corte IDH⁷⁰ resalta que “el derecho a la vida familiar de la niña o del niño no supera per se la facultad soberana de los Estados Partes de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos.”

Esta premisa es trascendental porque aun siendo los niños/as y adolescentes uno de los grupos de atención prioritario más importantes, la Corte concede un margen de discreción de los Estados el desarrollo de sus mecanismos migratorios, y deja a su arbitrio el mejor criterio para abordar la reunificación familiar, la migración y los derechos de los niños/as y adolescentes. De cierto modo, induce a la percepción de que sus desarrollos jurisprudenciales son altamente recomendados, pero no dados como imposición a las políticas migratorias de los Estados.

De esta manera, y considerando el análisis de los instrumentos anteriormente señalados, es posible determinar que el SIDH posee instrumentos sugestivos que instan a la efectivización del respecto de la protección de la familia y de la obligación de los Estados al aplicar el principio de reunificación familiar en contextos migratorios. No obstante, mucho queda relegado a un mero enunciado y a discreción de los Estados sus niveles de actuación referente a la posible separación familiar.

Tomando en cuenta la facultad legítima que tienen para deportar o expulsar, es posible evidenciar que aun no existe un estándar imperativo dentro del SIDH que determine la idoneidad de la aplicación de esta potestad y de qué manera sus efectos negativos y su indebida aplicación impactan en la aplicación del principio de reunificación familiar.

Sin embargo, al igual que en SEDH, existe un elemento en común que serviría como mecanismo de protección de los derechos de las personas migrantes en relación a

⁷⁰ Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Corte Interamericana de Derechos Humanos, parr 172.

la reunificación familiar, sin que impida que los Estados puedan aplicar su potestad de expulsión o de deportación. Este es el test de proporcionalidad, usado en el SIDH para determinar cuándo la limitación de un derecho puede ser considerado un incumplimiento estatal a sus obligaciones de derechos humanos.

Así, la Corte IDH en el Caso López Lone y otros Vs. Honduras⁷¹, sostiene que “un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.”

Por lo general, se ha utilizado la aplicación de este test en contextos de privación de la libertad o medidas discriminatorias por parte de los Estados, y este caso, la Corte IDH⁷² ha afirmado que “siempre corresponde a la autoridad judicial desarrollar un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de la libertad.”

En este sentido, si bien la Corte IDH no ha aplicado este estándar en contextos relativos la reunificación familiar per se y las medidas de deportación, sí ha determinado que cuando el Estado haga uso de su fuerza debe considerar el test proporcionalidad para evaluar si la medida tomada es imprescindible para que su soberanía y seguridad sea salvaguardada sin comprometer los derechos de las demás personas.

Ante esto, la Corte IDH⁷³ hace hincapié en que “la causal de peligro para la seguridad de la sociedad tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de fines legítimos como de fines no cautelares” y que no puede ser entendido como una justificación a medidas de los Estados, sino que debe utilizarse el test de proporcionalidad como elemento de partida para limitar una posible arbitrariedad estatal.

De esta manera, si en el SIDH se empezara a discutir la utilización del test de proporcionalidad sobre la base de la facultad legítima de expulsión como mecanismo para garantizar la reunificación familiar, existiría un mejor desarrollo de políticas migratorias que amparen los derechos de las personas migrantes, ya que, al ser vinculante para los Estados, evitaría la vulneración de derechos y existiría un estándar equilibrado y justo en la región.

⁷¹ Caso López Lone y otros Vs. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 3025, parr 168.

⁷² Caso Hernández Vs. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, parr 106.

⁷³ Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, parr 361.

6 Conclusiones y Recomendaciones

De acuerdo a lo examinado en el presente artículo es posible concluir que el desarrollo de la aplicación del principio de reunificación familiar en el sistema interamericano no es vasto y que necesita de una adecuación efectiva de mecanismos que permitan que las disposiciones jurisprudenciales de la Corte IDH no queden relegados a simple consejos hacia los Estados y que se efectivicen a través de herramientas útiles que permitan limitar las actuaciones estatales ante una posible deportación de migrantes y garantizar el impedimento de la separación familiar.

De esta manera, se ha planteado un ejercicio comparativo entre los estándares desarrollados por el sistema europeo en el que consideran al test de proporcionalidad como instrumento imperativo para determinar si las políticas y normativas migratorias de un Estado vulnera o no derechos. Esto pues, es recurrente la justificación estatal de su facultad inherente para determinar quiénes pueden acceder a su territorio, sumado al argumento de que las personas en condición de movilidad humana deben cumplir los requisitos que en muchas ocasiones son imposibles de alcanzar.

En este sentido, si a nivel del SIDH, la Corte IDH genera una interpretación vinculante sobre la aplicabilidad del test de proporcionalidad como garantía al principio de reunificación familiar y delimite la discrecionalidad del Estado para ejecutar medidas de deportación o expulsión, los derechos migratorios no se verían constantemente vulnerados, de la misma forma que las medidas migratorias serían menos agresivas y en el caso de que lo sean, existiría un mecanismo de defensa como la utilización de este test para determinar que la actuación de los Estados ha sido arbitraria.

Así, países como Ecuador, en el que no existe un desarrollo amplio de la aplicabilidad de la reunificación familiar y que, junto con políticas migratorias controversiales debido a la gran afluencia de migrantes en su territorio, podrían adoptar la utilización del test de proporcionalidad para determinar si sus normativas nacionales contravienen lo dispuesto por la CADH en materia de derechos de las personas migrantes.

En Ecuador, la reunificación familiar se ve entendida como “el derecho que protege la unidad de los miembros de una familia, que puede verse alterada por diferentes motivos, entre ellos, la movilidad humana,” argumento desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador, CCE, en la sentencia No. 2120-19-JP/21⁷⁴ donde se analiza situación migratoria de los menores no acompañados, derivado de una situación del año

⁷⁴ Sentencia No. 2120-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, del 22 de septiembre de 2021.

2021, en la que tres hermanos de 21,10 y 16 años respectivamente fueron impedidos de ingresar al país para reunirse con su madre, pues según la agencia estatal de la frontera norte, los menores no podían entrar al territorio ecuatoriano, porque el niño de 10 años no tenía la autorización de su padre, el cual ya había fallecido en Venezuela.

Ante esto, la CCE, añade que la reunificación familiar no solo se hace efectiva únicamente permitiendo el ingreso al territorio, sino que, “involucra también adoptar las medidas necesarias para propiciar la reunificación en condiciones dignas y seguras.” No obstante de este pequeño desarrollo jurisprudencial, la CCE no profundiza y establece pautas a seguir en la implicación de este principio en otras esferas que no sea la reunificación familiar cuando intervienen niños/as y adolescentes, excluyendo de su interpretación a las situaciones jurídicas relativas a la deportación y expulsión de migrantes.

Por lo tanto, si el SIDH acoge lo establecido por el TEDH referente a la adaptación del test de proporcionalidad en materia de reunificación familiar, sería este aplicable en Ecuador a través del control de convencionalidad. Este último se puede definir como ⁷⁵ “la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la CADH y su jurisprudencia.”

Ante esto la Corte IDH en el caso Caso Boyce y otros Vs. Barbados⁷⁶ ha indicado que ningún Estado “podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales” y que bajo ningún concepto alguna cláusula de exclusión, como la potestad de deportar o expulsar, que estos tengan para con la CADH es justificativo para vulnerar de derechos y no acogerse a lo dispuesto por la CADH y su desarrollo jurisprudencial.

De esta manera, se reitera que la utilización del test de proporcionalidad es la vía más eficaz para regularizar las políticas migratorias que puedan resultar agresivas y violatorias a los derechos humanos. Así, se implementaría un mecanismo de control eficiente ante las medidas de tolerancia cero y exclusión determinante de los Estados para con determinado grupo de personas en condición de movilidad humana.

⁷⁵ Claudio, Nash, “Breve Introducción al Control de Convencionalidad”, en *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*, parr 1.

⁷⁶ Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, parr, 77-79.