

La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria

Juan Carlos Ferrada Bórquez*
Karina Uribe Peña**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto identificar y precisar el concepto/principio de reunificación familiar como un límite a los poderes de la Administración del Estado en materia de migración y extranjería. Así, a partir de una revisión de las normas internacionales y de la jurisprudencia de tribunales supranacionales en materia de derechos humanos, se otorga un contenido a este principio, identificando algunos criterios que se han aplicado en este ámbito. Ello sirve de base para analizar la legislación y la jurisprudencia chilena al respecto constatando como se ha venido aplicando progresivamente, llegando ahora a tener un pleno reconocimiento en el derecho interno, tanto en materia de protección de los refugiados como en la legislación de migración y extranjería en general.

Extranjería; reunificación familiar; Poderes del Estado

The “family reunification” as a concept and limit of the administrative powers of the State of Chile in immigration matters

ABSTRACT

The purpose of this paper aims to identify and specify the concept/principle of family reunification as a limit to the powers of the State Administration in migration matters. Based on a review of international standards and the jurisprudence of Supranational Courts on human rights it is possible identify some criteria that have been applied in this area giving content to this principle. This analysis serves as the basis for analyzing Chilean legislation and jurisprudence in this topic, noting how it has been progressively applied, having now full recognition in domestic law, both in terms of refugee protection and migration legislation in general.

Immigration; family reunification; State powers

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0699-7182>. Correo electrónico: juancarlos.ferrada@uv.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho, Universidad de Minnesota, Estados Unidos. Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2633-6525>. Correo electrónico: karina.uribe.p@gmail.com

El trabajo enviado es parte del proyecto de investigación FONDECYT N° 1180197, titulado “Reconocimiento y protección de los derechos de las personas migrantes en Chile: desafíos y perspectivas para el Derecho Migratorio”, del que uno de los autores es coinvestigador.

Artículo recibido el 25.2.2021 y aceptado para su publicación el 16.8.2021.

INTRODUCCIÓN

La “reagrupación familiar”, antes de la dictación de la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, ha aparecido en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente por boca de la jurisprudencia, como un concepto relevante para la interpretación y aplicación de la legislación migratoria. Así, su invocación y concurrencia se configuró, a menudo, como un límite al ejercicio de los poderes o atribuciones de la Administración del Estado, impidiendo la expulsión de extranjeros del país, no obstante haber infringido la ley de extranjería o penal, en su caso, o excepcionalmente autorizando su ingreso al país.

No obstante, probablemente por la falta de una regulación interna —excepción hecha de la Ley 20.430 sobre protección a los refugiados y de la Circular Nº 95 del Ministerio de Relaciones Exteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales—, la aplicación que se realiza de este concepto por los tribunales de justicia no aparece definido con claridad, haciéndose una utilización puntual y no sistemático del mismo. En este contexto, en este trabajo pretendemos analizar la forma cómo ha sido reconocido este principio en el derecho chileno y los criterios que inciden o deberían incidir en su aplicación, sobre todo después de que entre en vigencia la Ley 21.325.

La hipótesis de trabajo que formulamos en este sentido es que la “reagrupación familiar” se ha utilizado en nuestro derecho, antes de la dictación de la Ley 21.325, como un principio relevante, especialmente en la revisión judicial de las medidas expulsivas dispuestas por la autoridad, pero sin llegar a configurar un límite estricto, claro y preciso a los poderes del Estado en esta materia.

A estos fines, este trabajo se estructura en cinco apartados. En el primero se analizará los antecedentes del concepto de “reagrupación familiar” en el derecho internacional; en el segundo se estudia en particular la “reagrupación familiar” en los tratados y jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos; en el tercero se analiza el reconocimiento y aplicación que ha tenido este concepto en el derecho chileno; en el cuarto se estudia cómo se regula este concepto en la nueva ley migratoria; finalmente, en el quinto, se formulan algunas conclusiones.

I. LOS ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE “REAGRUPACIÓN FAMILIAR” EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A nivel internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos² y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ reconocen la importancia de la unidad familiar como

¹ Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

² Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

³ Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

núcleo de especial protección y apoyo de los Estados⁴. Algo similar ocurre en el ámbito americano, en que la protección de la familia aparece mencionada en forma expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), identificando a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (artículo 17.1 de la CADH)⁵.

Sin embargo, el concepto mismo de familia no es estático, sino que su contenido varía en relación a las prácticas sociales imperantes, abarcando hoy situaciones o supuestos distintos a los tradicionalmente previstos. En este sentido, como señala Viera, “el concepto de familia se ha ampliado y en esa amplificación mucho tiene que ver la opción de modelos familiares que surgen al alero de los hechos (mujeres solas con sus hijos), nuevos modelos familiares (construir un núcleo basado en los afectos que no tiene al matrimonio como referente) o la unión de parejas del mismo sexo”⁶.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ha señalado que “la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes (...) siempre que tengan lazos cercanos personales”⁷. Esto tiene especial relevancia en el ámbito migratorio, en que los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar⁸. En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha abandonado también el concepto tradicional de familia, construido a partir del matrimonio, incorporando otras relaciones familiares fácticas, cuestión que se ha replicado en el derecho europeo que también recoge una visión amplia de lo que debe entenderse por familia⁹.

Precisamente, este concepto amplio de familia es el que toman como referencia los tratados internacionales para proteger la unidad familiar, disponiendo compromisos para los Estados, independientemente de la existencia o no de matrimonio legal. En este sentido, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, la CITM), señala como un derecho de los trabajadores migratorios la reunión con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan una relación que produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo, debiendo los Estados partes tomar las medidas que estimen apropiadas para facilitar esta (artículo 44)¹⁰.

⁴ CORTÉS, 2004, p. 29

⁵ Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁶ VIERA, 2015, p. 37

⁷ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, pp. 102 y 103.

⁸ Ídem.

⁹ PRESNO, 2008.

¹⁰ Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Este derecho a la “reunión familiar” también aparece reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), cuyo artículo 10.1 señala precisamente que es un derecho del niño/a solicitar la reunión de la familia, a su petición o la de sus padres con el fin de entrar a un Estado o salir de él, debiendo este evaluar dicha solicitud de manera positiva, humanitaria y expeditiva, con la única limitación de no afectar el interés superior del niño¹¹.

Ahora bien, tanto la CITM como la CDN disponen que este derecho a la “reunión familiar” o “reunificación familiar” corresponde a los trabajadores migratorios y sus familiares, estén documentados o se encuentren en situación irregular. Así, tal como lo ha reconocido el informe del Relator Especial de Naciones Unidas en esta materia¹², 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.

Recientemente, este principio aparece recogido también en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018¹³, estableciendo dentro del Objetivo 5, relativo a “Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular”, “facilitar el acceso a los procedimientos de reunificación familiar para los migrantes, sea cual sea su cualificación, con medidas apropiadas que promuevan la realización del derecho a la vida familiar y el interés superior del niño, incluso examinando y revisando los requisitos aplicables, como los relativos a los ingresos, el dominio del idioma, la duración de la estancia, la autorización para trabajar y el acceso a la seguridad y los servicios sociales” (letra i).

En este sentido se puede concluir que, en el ámbito internacional, la “reunión familiar” o “reunificación familiar”, en importante medida, es entendida como un derecho de los niños/as que se hace exigible a los Estados, tanto de origen como de destino¹⁴. Esto se expresa en obligaciones jurídicas para los Estados no solo de abstenerse de ejecutar medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también que garanticen estos. Esto se manifiesta, por una parte, en el deber de dar protección y asistencia a los menores no acompañados o separados de su familia; y, por otra, en adoptar medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación).

Tratándose de la ponderación de este derecho en relación con el país de origen del niño/a, este aparece ligado al principio de no devolución de niños/as no acompañados, basado en que solo deben ser repatriados los menores si ello redundaría en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales, incluidos sus derechos a ser oídos y a tener un tutor y un representante legal¹⁵. De esta manera, si no es posible la reunión familiar en el país de origen, ya sea

¹¹ Disponible en https://www.unicef.org/chile/media/3176/file/convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf

¹² Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2009.

¹³ Disponible en <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>.

¹⁴ Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2009.

¹⁵ Idem.

por cuestiones fácticas o jurídicas, este derecho deberá hacerse efectivo en el Estado de acogida, y su aplicación deberá ser atendida por los Estados Parte de manera positiva, humana y rápida, sea que la solicitud se presente por un niño/a o por sus padres para entrar en un Estado o salir de él con fines de reunificación familiar, permitiendo su regularización¹⁶.

Como ya se adelantó, un principio clave en la interpretación de este derecho, desde la perspectiva de los niños afectados, es el "interés superior del niño", el que es un factor a considerar a la hora de adoptar medidas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (artículo 3.1 de la CDN). Este principio es una de las normas generales de la Convención, teniendo un contenido dinámico y cuyos alcances precisos debe evaluarse caso a caso¹⁷, pero que es posible atribuir desde ya un triple alcance: (a) un derecho sustantivo que exige una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego; (b) un principio jurídico interpretativo fundamental, prevaleciendo siempre aquella que satisfaga de manera más efectiva dicho interés; y (c) una norma de procedimiento, lo que implica que en el proceso de adopción de la decisión deberá incluirse una estimación de las posibles repercusiones en el niño, lo que deberá hacerse respetando las garantías procesales¹⁸.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la obligación de aplicar este principio es de naturaleza jurídica y debe entenderse en un sentido amplio, es decir, se aplica tanto a las medidas directas como indirectas que pudieran afectarle al niño/a en el ejercicio de sus derechos¹⁹. De esta manera, a la hora de tomar una decisión que los afecte, deben seguirse dos pasos: la evaluación y la determinación del interés superior. La primera de ellas consiste en valorar todos los elementos necesarios para tomar una decisión acerca de un niño en concreto y requiere su participación; la segunda implica la existencia de un proceso estructurado y con garantías estrictas para determinar este interés superior.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que un Estado, a la hora de aplicar las normas migratorias, debiera tener en especial consideración el interés superior del niño como principio central en esta materia, en particular cuando se invoque el derecho a la reunificación familiar. Además, tendrá también aplicación el principio de precaución, que exige valorar la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión, de tal manera que se entienda de forma clara y precisa el procedimiento para llegar a la decisión.

Por último, es importante tener presente que tanto los padres como los niños/as tienen el mismo derecho de exigir al Estado para unirse con los otros. De este modo, no se satisface el derecho si el niño/a está con uno solo de los padres, en el caso de una

¹⁶ Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2018.

¹⁷ Naciones Unidas: Comité de los Derechos del Niño, 2013.

¹⁸ Idem

¹⁹ Idem

familia en que convivían ambos padres. Así, el niño/a tiene derecho a estar con ambos padres, y ellos tienen el derecho y la responsabilidad de criarlo²⁰.

II. LA “REAGRUPACIÓN FAMILIAR” EN LOS TRATADOS Y JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS

Como quedó en evidencia, la “reunión o reagrupación familiar” encuentra reconocimiento en el derecho internacional como un principio y un valor relevante. Sin embargo, no existe un tratado específico de derechos humanos en relación con los migrantes en esta materia, sino que sus derechos son expresión de los derechos humanos que tiene reconocidas todas las personas, aunque con la singularidad que exige la situación para una protección especial y adicional.

Así, en el ámbito regional europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) reconoce la existencia de los lazos familiares como límites a la actuación del Estado. Al efecto, el artículo 8º de la Convención dispone que las personas tienen derecho a la vida privada y familiar, y la autoridad pública no podrá interferir en ella, salvo previsión legal fundada en finalidades específicas, como la seguridad nacional o la protección de la salud, entre otras. Se suman a lo anterior, la Carta Social Europea, cuyo artículo 19 establece la obligación de los Estados Partes a facilitar el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio²¹, y el Convenio Europeo de 1977 relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, que en su artículo 12 reconoce a la “reagrupación familiar” como uno de sus principios esenciales, en términos de habilitar al cónyuge del trabajador migrante y sus hijos no casados a unirse con él²².

Por su parte, a nivel americano, la CIDH reconoce este derecho como parte de un *corpus iuris* de la niñez, cuyo antecedente se encontraría en el artículo 19 de la CADH²³. Ello se ve complementado con lo dispuesto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁴ y, particularmente, con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–, cuyos artículos 15 y 16 reconocen el derecho a la constitución y protección de la familia; y el derecho de los niños y niñas a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, respectivamente.

²⁰ KHAN, 2011, p. 11.

²¹ Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013>

²² Disponible en https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Documentation/Legal_texts/093_Convention_Legal_Status_Migrant_Workers_sp.pdf

²³ El artículo 19 de la CADH señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

²⁴ El artículo VII de la Declaración señala: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

No obstante lo expuesto, para analizar con mayor profundidad esta materia, es preciso distinguir entre derecho a la vida o unidad familiar y reagrupación familiar. El primero –derecho a la vida familiar– hace referencia al mantenimiento de la unidad familiar²⁵, entendiéndola en términos amplios y no limitada solo a la familia nuclear (padre, madre, hermanos/as), sino al espacio o lugar en el que se desenvuelve el niño/a, y que representa el lugar en el que se siente seguro y se dan las condiciones que le permitan un desarrollo más pleno en el ejercicio y goce de sus derechos²⁶. El segundo –la reagrupación familiar–, apunta a propender que una familia que ha sido separada se pueda volver a reunir. En este sentido, la Directiva 2003/86/CE del Consejo de la Unión Europea define la reagrupación familiar 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”²⁷.

Ambos conceptos, si bien apuntan a cuestiones distintas, están intrínsecamente conectados, ya que como lo ha entendido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados, “el impedimento a la reunificación familiar puede ser considerado como una interferencia al derecho a vivir en familia o a la unidad familiar, especialmente cuando la familia no tiene posibilidades reales de disfrutar de este derecho en otro lugar”²⁸. Esto último tiene vital importancia tratándose de los refugiados, pues el principio de reunificación familiar está estrictamente vinculado a las normas de carácter humanitario.

No obstante lo señalado anteriormente, el sistema interamericano reconoce y acepta la posibilidad de expulsión o deportación²⁹, como una facultad legítima de los Estados en el marco de sus políticas migratorias, siempre que ello se ajuste a intereses legítimos³⁰. Así, el Estado parte deberá ponderar los intereses en juego y ajustarse a los parámetros bajo los cuales la interferencia en la vida familiar no resulte arbitraria ni abusiva y, por ende, su restricción sea legítima³¹. En este sentido, el Estado deberá hacer un justo equilibrio o ponderación entre los intereses de la persona (interés individual) y los de la sociedad en su conjunto (interés general), contando el Estado para ello con cierto margen de apreciación, el que varía en función de la naturaleza de las cuestiones en litigio y la gravedad o importancia de los intereses en juego³².

Para efectos de ponderar ambos intereses, la CIDH ha establecido que “el Estado tiene la obligación de realizar una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección

²⁵ KHAN, 2011, p. 7

²⁶ ORTEGA, 2017, p. 125.

²⁷ Disponible en <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:es:PDF#:~:text=El%20objetivo%20de%20la%20presente,territorio%20de%20los%20Estados%20miembros.>

²⁸ KHAN, 2011, p. 8

²⁹ Para efectos de este artículo se utilizará la expulsión o deportación como sinónimos en el sentido adoptado por la CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*.

³⁰ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 104.

³¹ Ídem, p. 100

³² OTAEGUI, 2017, p. 127

de la unidad familiar y los intereses estatales según cada caso concreto”, lo que se entenderá cumplido cuando la medida esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad³³. Así, 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 del derecho del niño/a a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar, debiendo contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria³⁴.

A mayor abundamiento, la CIDH ha señalado que el Estado tendrá que evaluar las circunstancias particulares de las personas a quienes afectará la decisión del Estado de separar a la familia, entre las que destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor o de su familia con el país receptor; (b) la consideración acerca de la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive el niño/a, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria del niño/a si cambiara su situación familiar debido a la medida de expulsión de una persona a cargo de este, ponderando estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior del niño/a en relación con el interés público que se busca proteger³⁵.

En términos análogos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que no es aceptable, sin más, la aseveración de un Estado del “peligro que una persona representa” para decretar su expulsión (por ejemplo, para prevenir delitos o disturbios), sino que debe estar motivada en una “necesidad social urgente” que tenga preponderancia por el interés de mantener la unidad familiar³⁶. De este modo, 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 territorio³⁷.

Así entonces, en el sistema europeo de derechos humanos el Estado puede afectar el derecho de una persona a la vida familiar, en la medida que existan razones suficientes que legitimen su actuación³⁸ y se encuadren en la cláusula de “orden público” contemplada en el artículo 8 de la CEDH³⁹. Estas dos condiciones son, por cierto, copulativas, y el Estado deberá acreditarlas para que se entienda como una medida justificada.

En este marco y, de acuerdo con lo sostenido por el TEDH, las condiciones antes referidas se analizan y se construyen de la siguiente manera. En primer lugar, debe

³³ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 104.

³⁴ Ídem, p. 105

³⁵ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, pp. 104 y 105.

³⁶ JASTRAM, 2003, pp. 185-201.

³⁷ Ídem, p. 274

³⁸ OTAEGUI, 2017, p. 127

³⁹ Ídem, p. 128

acreditarse que la injerencia está contemplada en la ley⁴⁰. Luego, la medida 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 terceros⁴¹. En tercer lugar, la medida debe ser considerada necesaria en una sociedad democrática y los principios y valores que le dan forma⁴². Finalmente, debe existir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, debiendo comprobarse si los motivos alegados por el Estado son pertinentes y suficientes –proporcionales– para conseguir uno de los fines legítimos ya mencionados⁴³.

Incluso, en caso que la persona a deportar hubiere cometido un delito, el TEDH ha señalado que deberá considerarse la gravedad del delito cometido; el tiempo transcurrido desde la comisión del mismo y el comportamiento de la persona durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; su situación familiar, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que ha vivido verdaderamente en familia; y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos⁴⁴.

En definitiva, como lo indica la CIDH, cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, utilizando la ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual. Además, de haber niños o niñas involucrados, los Estados deben asegurar el derecho de estos a ser oídos, en función de su edad y madurez, y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior y, con mayor razón, cuando el niño/a es nacional del país receptor y uno o ninguno de sus padres lo es⁴⁵. En este contexto, un ámbito en que la “reunificación familiar” adquiere una particular relevancia en el plano internacional es en la protección de los niños/as. Así, la CIDH señala que la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño/a y el ejercicio de sus derechos, siendo el Estado el principal órgano llamado a apoyarla y fortalecerla, con el objeto de preservar y favorecer la permanencia de aquel en su núcleo familiar. Solo excepcionalmente y, por razones determinantes, se admite esta separación del niño/a de su familia, pero siempre de manera extraordinaria y preferentemente temporal, en función del interés superior de aquel⁴⁶.

⁴⁰ El TEDH ha establecido en esta materia que ello implica tres elementos. Primero, que la ley tenga una base de derecho interno. Segundo, que la ley debe ser precisa y contener medidas de protección contra la arbitrariedad de los poderes públicos. Y tercero, que la ley sea lo suficientemente accesible. Ver, en este sentido, *Sunday Times c. Reino Unido*.

⁴¹ OTAEGUI, 2017, p. 131

⁴² Ver, en este sentido, TEDH, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, 30.1.1998.

⁴³ OTAEGUI, 2017, p. 133

⁴⁴ Ídem, p. 277

⁴⁵ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 106.

⁴⁶ CIDH, *Opinión Consultiva OC- 17/2002*, párrafo 137.

En concordancia con dicho deber, “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”⁴⁷. En este sentido, el Estado no solo debe abstenerse de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que debe adoptar acciones para mantener la unidad familiar o reunificarla, debiendo presumirse que el permanecer o reunirse con la familia va en beneficio del interés superior del niño⁴⁸. Dicho deber estatal, tratándose de la reunificación familiar, se traduce en una obligación para los Estados de adoptar medidas positivas que promuevan la unidad familiar, con el fin de asegurar el ejercicio y disfrute pleno del derecho a la familia, conforme con lo establecido en los artículos 17 y 18 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma⁴⁹.

Ahora bien, este desmembramiento o división familiar que afecta a un niño/a puede tener diversas causas, teniendo entre las principales, haber sido dejado en su país de origen por los adultos responsables a su cargo que han migrado a otro país, una separación temporal de estos durante el trayecto a un nuevo destino o que haya sido el propio niño/a quien ha emigrado a otro país de manera autónoma. En estos casos, de ser procedente, se activará el principio de no devolución del migrante, el que no se limita a las personas que solicitan asilo o refugiadas, sino a cualquier persona cuando su vida, su integridad o su libertad estén en riesgo, sin importar su estatus migratorio⁵⁰. No obstante, en el caso que el migrante sea un niño/a ello obliga a una protección reforzada, lo que impone analizar el riesgo de violación de sus derechos con un enfoque de edad y de género, considerando también las condiciones para su desarrollo integral⁵¹.

En este contexto, es evidente que este derecho a la vida familiar se ve alterado o afectado cuando un Estado determina la expulsión o deportación de un extranjero que es progenitor de un niño/a⁵², produciéndose un conflicto entre la política migratoria y el derecho del niño/a a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida familiar. Sin embargo, tal y como se señaló antes, el sistema interamericano reconoce y acepta esta posibilidad como una facultad legítima de los Estados⁵³, pero debiendo realizar en este caso la ponderación de los intereses correspondientes.

A nivel europeo, el TEDH al evaluar el interés y el bienestar del menor ha analizado varias circunstancias que son relevantes para la decisión, como las dificultades que los niños/as pueden encontrar en el país de destino; la solidez de los vínculos familiares, sociales, y culturales en el país de destino y de acogida; la gravedad de las dificultades que uno de los miembros de la familia de la persona amenazada con la expulsión puede

⁴⁷ Ídem, párrafo 65.

⁴⁸ CIDH, *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafo 187.

⁴⁹ Ídem

⁵⁰ ORTEGA, 2017, p. 72.

⁵¹ Ídem

⁵² ORTEGA, 2017, p. 73.

⁵³ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 104.

tener en el país hacia el que será expulsado⁵⁴; el período de residencia; los lazos establecidos por sus familiares más cercanos con el país del que se pretende expulsar; y el intervalo entre la última infracción cometida por la persona respecto de la que se busca su expulsión y la orden de deportación⁵⁵.

En este marco, en *Neulinger y Shuruk c. Suiza*⁵⁶, el TEDH a la hora de evaluar si se vulneraba el derecho a la vida familiar, analizó en qué situación quedaba el niño si retornaba con su madre o seguía viviendo en Suiza, la situación de la madre en caso de retornar a Israel con su hijo y la situación del niño en tal caso. Así, el tribunal hizo un examen exhaustivo del conjunto de la situación familiar, así como de elementos fácticos, afectivos, psicológicos, material y médico, considerando incluso el elemento temporal de la medida.

En suma, tratándose de niños o niñas, la aplicación del principio de reunificación familiar debe considerar de manera íntegra las diversas circunstancias que rodean el caso particular, en atención al principio de interés superior del niño/a, con miras a determinar la mejor solución posible.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE “REAGRUPACIÓN FAMILIAR” EN EL DERECHO CHILENO

Como se sabe, en nuestro derecho, a nivel constitucional, el principio de “reagrupación familiar” no ha tenido una consagración expresa y general hasta ahora, solo contemplándose en materia acerca de protección de refugiados⁵⁷. Sin embargo, la Constitución vigente reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, indicando que es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento (artículo 1º). Esto contrasta con lo que ocurre en otras Constituciones más recientes de la región⁵⁸, en que se reconoce expresamente el deber del Estado facilitar o proteger la reunificación familiar como valor o principio constitucional, aunque circunscrito en un caso a sus nacionales.

⁵⁴ OTAEGUI, 2017, p. 312.

⁵⁵ Naciones Unidas: Comisión de Derecho Internacional, 2006, p. 276.

⁵⁶ TEDH, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, 6.7.2010.

⁵⁷ Sin perjuicio de lo que establece la nueva ley de extranjería y migraciones recientemente aprobada (Boletín 8.970-06), a la que se aludirá más adelante.

⁵⁸ El artículo 40.4 de la Constitución de Ecuador de 2008 señala. “Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. El Estado, a través de las entidades correspondientes, desarrollará entre otras las siguientes acciones para el ejercicio de los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria: 4. Promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario”. Por su parte, el artículo 29 de la Constitución de Bolivia de 2009 dispone: “Se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales. II. Toda persona a quien se haya otorgado en Bolivia asilo o refugio no será expulsada o entregada a un país donde su vida, integridad, seguridad o libertad peligran. El Estado atenderá de manera positiva, humanitaria y expedita las solicitudes de reunificación familiar que se presenten por padres o hijos asilados o refugiados”.

No obstante ello, la jurisprudencia chilena, antes de la dictación de la Ley 21.325, a partir de la cláusula constitucional ya citada y los tratados internacionales, ha desarrollado una interpretación cada vez más afianzada de reconocimiento y aplicación de la “reunificación familiar” como principio esencial en esta materia, acogiendo Recursos de Amparo que tienen como fundamento precisamente este principio⁵⁹. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que no puede desatenderse las circunstancias personales y familiares a la hora de aplicar las normas legales en esta materia, teniendo en especial consideración el interés superior de los niños/as y los deberes que imponen los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN y el artículo 1° de la Constitución⁶⁰.

Algo similar ha ocurrido en España, por ejemplo, donde el Tribunal Supremo ha dotado a este principio de “reunificación familiar” una amplitud mucho mayor al contemplado en la propia ley de extranjería, aplicándola a las parejas de hecho, a los hijos mayores de edad, a los ascendientes que no estén a cargo del reagrupante y a otros miembros de la familia⁶¹.

No obstante, para analizar adecuadamente la recepción de este principio en el derecho chileno, parece necesario hacer una distinción entre la regulación migratoria (Decreto Ley N° 1094/1975 y Decreto Supremo N° 597/1984, del Ministerio del Interior) y la dispuesta para los refugiados (Ley 20.430 y Decreto Supremo N° 837/2011, del Ministerio del Interior).

Respecto de la primera –la regulación migratoria vigente hasta la dictación de la Ley 21.325– no existía mención alguna al principio de reunificación familiar. Sin embargo, los vínculos familiares, pero en sentido estricto, se consideraban para el otorgamiento de visas, en particular, la visa para residente oficial, la visa sujeta a contrato y la visa de residencia temporaria, esta última otorgada precisamente al extranjero que acredite vínculos de familia o intereses en el país y cuya residencia sea considerada útil o ventajosa (artículos 19, 23 y 29 del Decreto Ley N° 1094, respectivamente)⁶².

Asimismo, se reconocían estos vínculos familiares a los turistas que deseaban solicitar la residencia o residencia oficial, según procediera, pudiendo acceder a esta nueva condición, el cónyuge de chileno y los padres e hijos de él; el cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación o con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que residían en el país en alguna de las condiciones anteriores; los ascendientes de chilenos; los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización; y el cónyuge y los hijos del extranjero contratado en Chile como profesional, técnico o profesor o que invoque la calidad de refugiado o asilado político (artículo 49 del Decreto Ley N° 1094).

Además, a los tripulantes extranjeros se les reconocía la posibilidad de obtener visación sujeta a contrato o temporaria, según los intereses que acreditaban o los

⁵⁹ Ver, en este sentido, HENRÍQUEZ, 2014, pp. 365-369.

⁶⁰ Corte Suprema, 7.5.2014, rol 10.425-2014.

⁶¹ PÉREZ, 2012, p. 174.

⁶² DELLACASA y HURTADO, 2015, p. 49.

vínculos familiares que hubieren contraído en Chile o con chilenos, siendo esto último un elemento muy relevante para obtener la visa correspondiente (artículo 73 del Decreto Supremo N° 597/1984).

Ahora bien, el mismo Decreto Supremo N° 597/1984 señalaba qué debía entenderse por “vínculos de familia”, haciendo una remisión expresa a los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 102 del mismo cuerpo reglamentario (artículo 50). En este sentido, “los vínculos de familia” estarían reconocidos solo a: (1) el cónyuge de chileno y los padres e hijos de él; (2) el cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación o con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que resida en el país en alguna de las condiciones anteriores; (3) los ascendientes de chilenos; y (4) los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización.

Como se puede observar, los vínculos familiares –en los términos estrictos que establece este reglamento– aparecían en la legislación migratoria como un antecedente que permitía obtener una visa en Chile. Sin embargo, ello se encontraba asociado a una condición migratoria previa y legal, y en los supuestos específicos reconocidos en la ley y en el reglamento. Aún más, para disponer la expulsión de un extranjero ni la ley ni el reglamento consideraban la situación familiar del afectado y menos aún la “reagrupación familiar” como un principio relevante a tener en cuenta en estos casos (artículos 84 al 90 del Decreto Ley N° 1094 y artículos 167 a 176 del Decreto Supremo N° 597/1984), lo que claramente se alejaba de lo dispuesto en los tratados internacionales y en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos antes revisada.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia nacional fue mucho más allá, reconociendo de una forma amplia el principio de reunificación familiar como límite a los poderes estatales de expulsión de extranjeros, haciendo aplicación algo desordenada de los criterios elaborados por la CIDH ya revisados⁶³. Así, los tribunales señalaron que no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de un extranjero a la hora de disponer su expulsión, debiendo considerarse, entre otras circunstancias, tener a cargo hijos menores de edad nacidos en Chile⁶⁴, más aún cuando estos tienen serios problemas de salud⁶⁵; poseer arraigo familiar en nuestro país⁶⁶; estar su familia vecindada ya en Chile con residencia temporal⁶⁷; mantener una extensa red familiar en el país plenamente integrada social y laboralmente⁶⁸; o haber permanecido por un periodo de tiempo prolongado en nuestro país⁶⁹.

⁶³ Ver, CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, pp. 104 y 105.

⁶⁴ Corte Suprema, 16.12.2020, rol 320-2020.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, 21.9.2020, rol 58-2020, confirmada por la Corte Suprema (rol 119.213-2020).

⁶⁶ Corte Suprema, 1.9.2020, rol 24.455-2020.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Arica, 5.11.2020, rol 275-2020, confirmada por la Corte Suprema (rol 136.536-2020).

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Iquique, 24.8.2020, rol 133-2020.

⁶⁹ Corte Suprema, 30.6.2014, rol 10.916-2014.

En estos casos, la jurisprudencia nacional ha dado especial relevancia al interés superior del niño como principio fundamental, aplicando directamente la CDN como instrumento jurídico clave para la protección de los niños/as, sin perjuicio de aplicar también otras normas internacionales como la CITM ya mencionada⁷⁰. Así, ante la ausencia de normas legales o reglamentarias que limitaran las potestades de la Administración del Estado para disponer la expulsión de un extranjero, los tribunales de justicia –y especialmente la Corte Suprema–, han recurrido a los tratados internacionales y –sin decirlo– a los criterios fijados por la CIDH en esta materia.

La aplicación de estos criterios jurídicos supranacionales imponía entonces –y así lo señalan expresamente los fallos– una exigencia adicional a la autoridad administrativa chilena, en cuanto elevaban el estándar de motivación de la medida expulsiva, el que de no cumplirse, llevaba a la calificación del acto administrativo de arbitrario o desproporcionado. Así, según la jurisprudencia, solo la existencia de fundadas razones permitiría hacer excepción al deber del Estado de evitar la separación de los niños de sus progenitores y de su familia de origen, salvo claro que ello fuere perjudicial para su desarrollo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9° de la CDN⁷¹.

En análogo sentido, pero en una materia distinta (otorgamiento de visas), la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que el rechazo a una solicitud de visa por un extranjero en términos genéricos, sin distinguir y atender la situación particular del peticionario⁷², sobre todo en aquellos casos en que se encuentra separada la familia⁷³ o existe una crisis humanitaria relevante en el país de origen que justifica la petición⁷⁴, no resulta serio, legal ni razonable, incumpliendo la autoridad el estándar de motivación exigido en estos actos⁷⁵. Así, nuevamente, los vínculos familiares y, en concreto, el principio de reunificación familiar condiciona el ejercicio de una potestad de la Administración del Estado en materia migratoria, aun cuando ello no esté reconocido expresamente en el ordenamiento interno.

Además, tratándose de la regulación de refugiados, la Ley 20.430, que establece disposiciones para la protección de refugiados, y su reglamento (Decreto Supremo N° 837/2011, del Ministerio del Interior), señalan expresamente como uno de los principios fundamentales el de la *reunificación familiar*. En particular, el artículo 9° de la Ley 20.430 señala:

“Reunificación Familiar. Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halle

⁷⁰ Ver, en el mismo sentido, ARELLANO, 2017, p. 29.

⁷¹ Corte Suprema, 1.9.2020, rol 24.455-2020 y 26.4.2018, rol 7501-2018.

⁷² Corte de Apelaciones de Santiago, 4.1.2021, rol 3087-2020.

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 21.12.2020, rol 2924-2020.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 1.2.2020, rol 2760-2020.

⁷⁵ No obstante lo expuesto, debe precisarse que la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2760-2020, fue revocada por la Corte Suprema (rol 144.398-2020), por estimar que la materia excede el ámbito de este arbitrio procesal.

ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela.

El Subsecretario del Interior resolverá, en cada caso, las solicitudes de reunificación familiar, teniendo en cuenta la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales y culturales de sus países de origen.

La reunificación familiar solo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado y en ningún caso por el reunificado.

No se concederá por extensión protección como refugiado a una persona que resulte excluible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley”.

Como se puede observar, en materia de protección de refugiados, la legislación nacional reconoce el principio de reunificación familiar como un elemento relevante y esencial en la aplicación del estatuto del refugiado, sin necesidad incluso de recurrir a la normativa internacional. Aún más, la regulación nacional amplía la aplicación de este principio, no solo al cónyuge, ascendientes y descendientes del refugiado, sino también a “la persona con la cual se halle ligado por razón de convivencia” y “los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela”, lo que es, sin duda, más consistente con la regulación internacional y los criterios fijados por los organismos y tribunales supranacionales de derechos humanos. A tales efectos, la regulación correspondiente señala que la autoridad deberá tener en consideración la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales y culturales del país de origen, pudiendo valerse para ello de todos los medios probatorios que sean pertinentes y que deberán ser ponderados por la autoridad administrativa (artículo 11 del Decreto Supremo N° 837/2011).

En este contexto, la jurisprudencia nacional, sobre todo a partir de lo dispuesto en los artículos 3° y 9° de la Ley 20.430, ha declarado que las solicitudes de refugio deben tener en cuenta el principio de reunificación familiar, estableciendo la obligación de la autoridad, en primer lugar, de tramitar la solicitud de refugio, en el caso de encontrarse en algunas de las hipótesis del artículo 9° ya transcrito. En este sentido, como lo ha señalado reiteradamente nuestra Corte Suprema, los funcionarios policiales que controlan el ingreso al territorio nacional, deberán poner de inmediato los antecedentes de la solicitud de refugio en conocimiento de la Comisión respectiva, para efectos de dar una efectiva protección a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, no pudiendo resolver por sí mismos la cuestión planteada⁷⁶.

Como es posible observar, en materia de refugio, la reunificación familiar opera plenamente como un principio esencial que condiciona el ejercicio de los poderes de la autoridad administrativa, no pudiendo decretar sin más la expulsión del extranjero. Así, la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado establecida en el artículo 20 de la Ley 20.430 tiene un rol esencial en esta materia, ya que es el organismo

⁷⁶ Corte Suprema, 4.1.2021, rol 15.849-2020. En el mismo sentido, Corte Suprema, 4.1.2021, rol 154.846-2020 y 21.4.2020, rol 42.786-2020.

encargado de asesorar al Ministerio del Interior y de proveer la información necesaria para decidir respecto del otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado, el que deberá considerar la reunificación familiar como uno de los principios cardinales en esta materia.

Sin perjuicio de lo anterior, a nivel administrativo también el principio de reagrupación familiar ha aparecido reconocido y aplicado por las autoridades chilenas, a propósito de la creación de visas especiales. En este sentido, la denominada “visa consular humanitaria de reunificación familiar para nacionales de Haití”, creada en virtud de la Circular N° 95/2018, del Ministerio de Relaciones Exteriores, tuvo por objeto precisamente reunir a los cónyuges, convivientes civiles, hijos menores de edad e hijos que estudien hasta los 24 años de un nacional haitiano que resida en Chile con alguna visación o permanencia definitiva. Algo parecido ocurre con la visa temporaria para niños, niñas y adolescentes, creada en virtud de la Circular N° 16/2017 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, en la que se mencionan los vínculos familiares para efectos de justificar la creación de la misma, aunque sin que llegue a tener la extensión e intensidad que la visa prevista para los haitianos.

IV. EL RECONOCIMIENTO PLENO DEL PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR EN LA NUEVA REGULACIÓN MIGRATORIA CREADA POR LA LEY 21.325

Como ya se anunció, la nueva ley de migración y extranjería establecida por la Ley 21.325, y cuya entrada en vigor está sujeta a la publicación de su reglamento⁷⁷, señala dentro del catálogo de principios fundamentales de protección, el de reunificación familiar, reconociendo el Estado de Chile que se trata de una prerrogativa/derecho de los extranjeros, por su naturaleza foránea⁷⁸.

Así, el artículo 19 del proyecto de ley, junto con reconocer este principio, entrega un estándar de actuación a los poderes públicos en general, y a la Administración del Estado en particular, estableciendo además su priorización.

En particular, el artículo 19 de la Ley 21.325 señala:

“Reunificación familiar. Los residentes podrán solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o con aquella persona que mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos solteros menores de 24 años que se encuentren estudiando y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría, debiendo el Estado promover la protección de la unidad de la familia.

⁷⁷ Artículo undécimo transitorio. Ahora bien, conforme con el artículo décimo transitorio, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública dispone de un año para la dictación del Reglamento de Migraciones desde publicada la ley.

⁷⁸ https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7856/HLD_7856_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

Las solicitudes de reunificación familiar de niños, niñas y adolescentes con extranjeros residentes se tramitarán de manera prioritaria”.

Como se puede observar, la nueva regulación establece dos condiciones para poder ejecutar este principio: (i) que el extranjero solicitante sea residente en Chile⁷⁹; y (ii) que el extranjero solicitante acredite determinados vínculos familiares respecto de quienes pretende la reunificación familiar. Estos vínculos serían el matrimonio o la relación jurídica equivalente; ascendientes del extranjero solicitante; hijos/as menores de edad, hijos/as con discapacidad, hijos/as solteros/as menores de 24 años que se encuentren estudiando; y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría.

En ese sentido, la Ley 21.325 sigue la tendencia de las legislaciones comparadas más modernas que reconocen este principio expresamente, quedando remitido al reglamento el establecimiento de un procedimiento especial que haga efectivo este principio⁸⁰.

Lo anterior no implica, como es evidente, que se consagre en nuestro derecho una visa especial que se funde única y exclusivamente en la reunificación familiar, sino que apunta a que este principio deberá ser considerado a la hora de otorgar visas o de regularizar la situación migratoria en Chile, debiendo tramitarse en forma prioritaria. Aún más, los vínculos familiares aparecen reconocidos como un elemento relevante para el otorgamiento de la residencia temporal (artículo 69), lo que confirma la nueva valoración de este principio en la nueva regulación migratoria.

Asimismo, tratándose de los niños/as, deberá considerarse también por la autoridad el interés superior del niño, el que tiene una mención expresa en la ley y que impone al Estado —concordante con lo establecido en los tratados internacionales y especialmente la CDN— adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños/as, consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales (artículo 4° de la Ley 21.325)⁸¹.

Como se puede observar, en esta nueva regulación migratoria los vínculos familiares se transforman en un elemento que debe guiar la actuación del Estado, lo que se expresa

⁷⁹ Conforme con la nueva ley, la residencia puede ser oficial, temporal o definitiva (artículo 26). La primera opera para los extranjeros que se encuentran en misión oficial reconocida por Chile, y a los dependientes de los mismos (artículo 59). La residencia temporal es la otorgada a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado, en calidad de titular o dependiente (artículo 68, 70 y 74). Por último, la residencia definitiva consiste en el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita y a la que pueden aspirar los extranjeros poseedores de un permiso de residencia temporal (artículo 78).

⁸⁰ Ver historia de la ley en https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/7856/HLD_7856_10fa90c41da2c89d4676c115377312c3.pdf p. 25

⁸¹ El artículo 4° de la Ley 21.325 señala: “Interés superior del niño, niña y adolescente. El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que lo tengan a su cuidado.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que incurrieren en alguna infracción migratoria, no estarán sujetos a las sanciones previstas en esta ley”.

en ámbitos tan diversos como la creación de las subcategorías migratorias (artículo 70)⁸², la disminución del plazo de residencia para postular a la residencia definitiva (artículo 79)⁸³ o la restricción o limitación de la expulsión de un extranjero (artículo 129)⁸⁴.

Particularmente en este último ámbito –la expulsión de extranjeros–, estos vínculos familiares son un elemento o principio clave en la aplicación de esta medida, ya que deberá considerarse si el extranjero tiene cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva, o si tiene hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando además en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.

Es evidente que estos elementos condicionan la atribución de la Administración del Estado para dictar medidas expulsivas de un extranjero, no obstante su condición migratoria, lo que está en línea con lo establecido en los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. Aún más, lo razonable sería sostener que dichos elementos imponen una obligación positiva argumentativa de descartar dicho principio o elemento, en los casos en que se optare por decretar la expulsión de un extranjero, lo que en todo caso puede ser revisado por los tribunales de justicia.

En suma, la unidad familiar se constituye en uno de los pilares de la nueva regulación migratoria, la que debería operar como criterio de actuación y límite de la Administración del Estado y de los demás poderes públicos. La interpretación que se haga de ella por los tribunales chilenos será sin duda clave para la extensión de este principio jurídico, lo que algo ya se ha avanzado en los últimos años.

⁸² El artículo 70 de la Ley N° 21.325 señala: “Subcategorías. Un decreto supremo expedido a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que deberá ser firmado por los ministros que conforman el Consejo que se establece en el artículo 160, y cumplir el trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República, definirá la nómina y fijará los requisitos de las subcategorías de residencia temporal. En ningún caso ese decreto supremo podrá afectar los derechos ya adquiridos por poseedores de residencias temporales a la fecha de entrada en vigencia del mismo. Cualquier cambio en las condiciones de una subcategoría migratoria que implique mayores beneficios para los extranjeros que poseían una residencia temporal otorgada con anterioridad dará derecho a optar a dicha categoría a quienes cumplan con los requisitos establecidos para la misma.

En todo caso, dicho decreto deberá comprender, al menos, las siguientes situaciones:

1. Extranjeros que acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos”.

⁸³ El artículo 79 del proyecto de ley dispone: “Postulación de los residentes temporales titulares. Se podrá otorgar la residencia definitiva a los extranjeros titulares de un permiso de residencia temporal que admita su postulación y que hayan residido en el país en tal calidad por a lo menos veinticuatro meses.

El reglamento señalado en el inciso precedente podrá también establecer un plazo de residencia temporal para postular a la residencia definitiva inferior a dos años, pero no menor a uno, en atención a las siguientes circunstancias personales del interesado: 1. Vínculos familiares con nacionales o residentes definitivos”.

⁸⁴ El artículo 129 del proyecto de ley señala: “Consideraciones. Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.

6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar”.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas precedentes, estimamos que es posible formular algunas conclusiones finales:

- i. Los vínculos familiares es un elemento relevante en la regulación migratoria, existiendo numerosas normas en tratados internacionales y pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen estos y lo configuran como un límite a las potestades de los Estados.
- ii. Una expresión de estos vínculos familiares es el principio de reunión o reagrupación familiar, el que se encuentra ampliamente reconocido en el derecho internacional y operando como un límite a las potestades expulsivas de los Estados, sobre todo derivado del interés superior del niño/a.
- iii. Este principio de reunificación familiar no se encontraba reconocido en nuestra regulación migratoria anterior (Decreto Ley N° 1094), aun cuando nuestra jurisprudencia lo ha reconocido y aplicado, a partir de las normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile.
- iv. Sin perjuicio de lo anterior, el referido principio ya adquirió reconocimiento legal expreso en nuestro derecho en materia de protección a los refugiados (Ley 20.430) y en ciertas regulaciones administrativas específicas, lo que ha permitido un desarrollo jurisprudencial mayor en este ámbito.
- v. La nueva regulación migratoria establecida en la Ley 21.325 ha dado un expreso reconocimiento a la reunificación familiar, formulado como un principio general en esta materia. Ello debería tener un impacto significativo en la interpretación y aplicación de este principio en esta materia, teniendo presente la jurisprudencia ya existente y los criterios establecidos por los organismos internacionales y tribunales supranacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO Ortiz, Pablo, 2017: *Jurisprudencia y Regulación sobre Derecho Migratorio Chileno. Colección Repertorios*, Santiago: Thomson Reuters.
- CORTÉS Martín, José Manuel, 2004: "Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la unión europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?", *Anuario de derecho europeo*, N° 4, 2004, pp. 27-54.
- DELLACASA Aldunate, Francisco José y Hurtado Hernández, José María, 2015: *Derecho Migratorio Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HENRÍQUEZ Viñas, Miriam, 2014: "El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)", *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 1, pp. 365-376.
- JASTRAM, Kate, 2003, "Family Unity" en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press. Citado por Naciones Unidas: Comisión de Derecho Internacional, 2006. *Expulsión de Extranjeros*. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/565>.

- KHAN, Fatima, 2011: "Reunification of the refugee family in South Africa: a legal right?". Disponible en: <http://vlex.com/vid/reunification-of-the-refugee-635141681>.
- NACIONES Unidas: Comisión de Derecho Internacional, 2006. *Expulsión de Extranjeros A/CN.4/565*. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/565>.
- NACIONES Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2009. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/11/7>
- NACIONES Unidas: Comité de los Derechos del Niño, 2013. *Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* Disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html>
- NACIONES Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2018. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, 2018. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/125/20/PDF/G1812520.pdf>
- ORTEGA Velásquez, Elisa, 2017: *Estándares para niños, niñas y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- OTAEGUI Aizpurua, Idoia, 2017: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ Martín, Elena, 2012: "Migraciones internacionales en el espacio de libertad seguridad y justicia: balance de una década", en *Migraciones internacionales en el espacio iberoamericano del siglo XXI* (Ciencias jurídicas y sociales), Madrid. Disponible en: <http://digital.casalini.it/2656560>
- PRESNO Linera, Miguel Ángel, 2008: *El derecho europeo de familia*. Disponible en: https://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf
- VIERA Álvarez, Christian, 2015: "Las bases de la Institucionalidad del Estado", en *la Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, LOM, Santiago, pp. 35-55.

Normas jurídicas citadas

- CARTA Social Europea. Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013>
- CONVENCIÓN Americana de Derechos Humanos. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- CONVENCIÓN de los Derechos del Niño. Disponible en https://www.unicef.org/chile/media/3176/file/convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf
- CONVENCIÓN Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>
- CONVENIO Europeo de Derechos Humanos. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf
- CONVENIO Europeo de 1977 relativo al Estatuto del Trabajador Migrante. Disponible en https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Documentation/Legal_texts/093_Convention_Legal_Status_Migrant_Workers_sp.pdf
- DECLARACIÓN Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf
- DECLARACIÓN Universal de Derechos Humanos. Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- DIRECTIVA 2003/86/CE del Consejo de la Unión Europea, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Disponible en <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:es:PDF#:~:text=El%20objetivo%20de%20la%20presente,territorio%20de%20los%20Estados%20miembros>.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- PACTO Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Disponible en <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>
- LEY N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, Diario Oficial, 15 de abril de 2010
- DECRETO Ley N° 1094, establece normas sobre extranjeros en Chile, Diario Oficial, 19 de julio de 1975.
- DECRETO Supremo N° 597 de 1984, aprueba reglamento de extranjería.
- DECRETO Supremo N° 837 de 2011, aprueba reglamento de la ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados.

Jurisprudencia citada

- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=361&lang=e
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros con Turquía*, de 30 de enero de 1998. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128>.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010. Disponible en <https://www.incadat.com/es/case/1323>.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-21/2014 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014. Disponible en <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002 Sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- CORTE Suprema, *GSB con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (Recurso de reclamación), de 30 de junio de 2014, rol 10.916-2014.
- CORTE Suprema, *Nawab Kashif con Ministerio de Relaciones Exteriores* (Recurso de amparo), de 26 de abril de 2018, rol 7501-2018.
- CORTE Suprema, *Torres Salinas y Otros con Policía de Investigaciones de Chile* (Recurso de amparo), de 21 de abril de 2020, rol 42.786-2020.
- CORTE Suprema, *Mota Santos con Departamento de extranjería de PDI* (Recurso de protección), de 1° de septiembre de 2020, rol 24.455-2020.
- CORTE Suprema, *Leiva Miranda con Fisco de Chile* (Recurso de casación en el fondo), de 16 de diciembre de 2020, rol 320-2020.
- CORTE Suprema, *Torres Peñaloza con Policía de Investigaciones de Chile* (Recurso de amparo), de 4 de enero de 2021, rol 154.849-2020.

- CORTE Suprema, *Álvarez Gamarra con Policía de Investigaciones de Chile* (Recurso de amparo), de 4 de enero de 2021, rol 154.846-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, *Rodríguez de Márquez con Dirección General de Asuntos Consulares, inmigración y de chilenos en el exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores y Otro* (Recurso de amparo), de 1° de febrero de 2020, rol 2760-2020.
- CORTE de Apelaciones de Iquique, *Yapura Achachagua con Intendencia Regional de Tarapacá* (Recurso de amparo), de 24 de agosto de 2020, rol 133-2020.
- CORTE de Apelaciones de Copiapó, *Chávez Nieves con Intendencia Regional de Atacama* (Recurso de amparo), de 21 de septiembre de 2020, rol 58-2020.
- CORTE de Apelaciones de Arica, *Escalona y Otro con Intendencia Regional de Arica y Parinacota*, (Recurso de amparo), de 5 de noviembre de 2020, rol 275-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, *Leiva Faundez con Comisión de libertad condicional de la Corte Apelaciones de Santiago* (Recurso de amparo), de 21 de diciembre de 2020, rol 2924-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, *Ruiz Galindo con Ministerio de Relaciones Exteriores* (Recurso de amparo), de 4 de enero de 2021, rol 3087-2020.