

9.1 La unidad familiar y la protección de los refugiados

KATE JASTRAM Y KATHLEEN NEWLAND*

Contenido

I. Introducción	<i>página</i> 616
II. El contexto de la unidad familiar de los refugiados	617
III. La familia como fuente de protección	623
A. El papel de la familia en la protección y la asistencia	623
B. Las soluciones duraderas	625
IV. La familia refugiada en el derecho internacional	627
A. La unidad familiar	627
B. El «derecho esencial» a la unidad familiar en el contexto de los refugiados	630
1. La unidad familiar y la condición derivada u otros estatutos	633
2. La unidad familiar y la «alternativa de huida interna»	635
3. La exclusión y la unidad familiar	636
4. La expulsión y la unidad familiar	637
C. La reunificación familiar	639
1. La reunificación familiar en el derecho internacional	639
2. La reunificación familiar en el derecho internacional de los derechos humanos	640
3. La reunificación familiar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	644
D. El derecho a la reunificación familiar en el contexto de los refugiados	645
E. Los familiares cercanos y la familia extendida: el alcance del derecho	646
1. Los grados de parentesco	646
2. La dependencia	649
3. Los lazos de afecto o de apoyo mutuo	650
F. La unidad y reunificación familiar para los refugiados de la Convención de 1951 y para otros necesitados de protección: ¿Dónde y cuándo?	650
1. Los refugiados de la Convención de 1951	651
2. Los refugiados según la Organización de la Unidad Africana (OUA) y Cartagena	651

* Esta ponencia se benefició del aporte de numerosas oficinas de terreno del ACNUR.

3. Las formas complementarias de protección	652
4. Las respuestas a las afluencias masivas	653
5. Los solicitantes de asilo	655
6. Los desplazados internos	657
V. La práctica de los estados: el marco legal	658
A. El marco legal para el derecho a la unidad y reunificación familiar	658
1. Los estados con disposiciones referentes a la unidad y la reunificación familiar de los refugiados	659
2. Los estados con disposiciones generales de inmigración relativas a la unidad y la reunificación familiar	661
3. Estados sin disposiciones nacionales	663
VI. La práctica de los estados: la implementación y los procedimientos administrativos	664
A. Los procedimientos para solicitar la unidad	665
B. Las demoras en el procesamiento	666
C. Los altos costes	667
D. Detención	669
VII. Conclusión	669

I. Introducción

La familia es universalmente reconocida como la unidad fundamental de la sociedad, y como tal se considera que tiene derecho a la protección y asistencia de la sociedad y el Estado. El derecho a la vida familiar se reconoce en instrumentos universales y regionales, así como también en muchos instrumentos jurídicos nacionales. El derecho a la unidad familiar está implícito en el derecho a la vida familiar. Gozan de este derecho todos los seres humanos, sin importar su condición.

Pocos instrumentos de derechos humanos, sin embargo, tratan explícitamente sobre cómo ha de hacerse valer este derecho con respecto a las familias separadas por fronteras internacionales. Para los refugiados y quienes procuran protegerlos, el derecho a la unidad familiar implica un derecho a la reunificación familiar en un país de asilo, porque los refugiados no pueden regresar en forma segura a sus países de origen para disfrutar allí del derecho a la vida familiar. La integridad de la familia refugiada es tanto un derecho legal como un principio humanitario; es también un marco esencial para la protección y una clave para el éxito en la búsqueda de soluciones duraderas que devuelvan a los refugiados lo más cercano posible a una vida normal.

Los refugiados corren múltiples riesgos en el proceso de huir de la persecución, uno de los cuales es el muy probable riesgo de separarse de sus familias. Para los individuos que, como refugiados, carecen de la protección de sus países, la pérdida

del contacto con sus familiares cercanos puede cerrar su principal fuente restante de protección y atención o, lo que es igualmente perturbador, poner fuera de alcance a aquellos por cuya protección un refugiado se siente más profundamente responsable.

Esta ponencia, después de introducir las cuestiones que surgen al analizar la unidad familiar (en la sección II) y examinar el papel de la familia en la protección a los refugiados (en la sección III), repasa la posición de la familia refugiada en el derecho internacional tanto en relación al derecho a la unidad familiar como en cuanto al tema de la reunificación familiar (sección IV). Luego examina cómo se han reflejado estas normas legales en la práctica del Estado mediante el marco jurídico por un lado (sección V), y las políticas y la práctica por el otro (sección VI). La ponencia concluye con un examen del consenso emergente sobre la reunificación familiar como un derecho de los refugiados (sección VII).

II. El contexto de la unidad familiar de los refugiados

Aunque el derecho a procurar y gozar del asilo en otro país es un derecho humano individual,¹ el refugiado no debe verse como un individuo aislado de su familia. El papel de la familia como la unidad central de la sociedad se reconoce en virtualmente todas las culturas y tradiciones, incluyendo la «cultura» jurídica moderna y universal de los derechos humanos. Los redactores de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados² vincularon la familia del refugiado a un régimen de protección basado en el temor del individuo a ser perseguido, en una enérgica recomendación en el Acta Final de la convención diplomática que adoptó el tratado. En la Recomendación B, los participantes instaron a los gobiernos a adoptar «las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado», y declaró que «la unidad de la familia [...] es un derecho esencial del refugiado».³ Los estados miembros del Comité Ejecutivo del ACNUR han enfatizado repetidamente la importancia de la unidad y reunificación familiar.

La protección en su nivel más básico se deriva del apoyo material y psicológico que los familiares pueden darse mutuamente, y se construye con base en este. El trauma y las privaciones que traen consigo la persecución y la huida tornan este

1 «En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.» Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III), 10 de diciembre de 1948 (en adelante «Declaración Universal»), artículo 14(1).

2 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951, 189 *UNTS* 150 (en adelante «Convención de 1951»).

3 Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y los Apátridas, 1951, documento de la ONU *A/CONF.2/108/Rev.1*, 26 de noviembre de 1952, Recomendación B.

apoyo particularmente esencial para los refugiados. En repetidas ocasiones, los refugiados han demostrado una notable capacidad de resistencia y adaptación a la adversidad, pero el refugiado solitario por necesidad debe confiar más en los proveedores externos de asistencia y protección. Los esfuerzos de ayuda mutua de la familia refugiada multiplican los esfuerzos de los actores externos, como ha reconocido el Comité Ejecutivo del ACNUR, al clamar por «programas para promover la autosuficiencia de los miembros adultos de la familia a fin de fomentar su capacidad para mantener a los familiares a cargo».⁴

La implementación del derecho a la unidad familiar en el contexto de los refugiados requiere no sólo que el Estado se abstenga de acciones que desestabilizarían a una familia intacta, sino que actúe para permitir que una familia dispersa se reúna sin regresar a un país donde correría peligro. Tales políticas, codificadas en las leyes y los reglamentos nacionales, aminoran los costes y realzan la eficacia de los programas de protección, ya que los miembros de las familias de refugiados pueden brindarse asistencia mutua. Los países de acogida se benefician cuando sus políticas, sus procedimientos y sus programas fortalecen la unidad de la familia refugiada, ayudando a los individuos a funcionar mejor en los países de asilo o de reasentamiento, facilitando su integración a la sociedad de acogida, y promoviendo la autosuficiencia social y económica. Como se dijo en la conferencia internacional sobre reasentamiento de 2001: «Un enfoque flexible y expansivo de la reunificación familiar, por ende, no sólo beneficia a los refugiados y sus comunidades sino también a los países de reasentamiento, al mejorar las perspectivas de integración y reducir los costes sociales a largo plazo.»⁵

La comunidad internacional ha aceptado la obligación de proteger a las personas que no pueden recurrir a sus propios países para salvaguardar sus derechos fundamentales, los cuales incluyen el derecho a la vida familiar. También ha aceptado la obligación de procurar soluciones duraderas a las penurias de los refugiados, lo cual difícilmente puede lograrse mientras los miembros de una familia están dispersos y temerosos por su propio bienestar y el de los otros.

Dadas las preocupaciones actuales de los gobiernos sobre el control migratorio, tal vez no es de sorprender que la implementación del derecho a la unidad familiar esté llena de obstáculos. La importancia de mantener o restaurar la unidad de la familia refugiada es bien entendida y aceptada por la mayoría de los países de asilo, tanto por razones humanitarias como prácticas, pero las acciones de los estados a veces chocan con obligaciones reconocidas. Al margen de la situación especial de

4 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 88 (L), 1999, párrafo b (v), «La protección de las familias de los refugiados».

5 ACNUR, «Nota de antecedentes: la reunificación familiar en el contexto del reasentamiento y la integración», Consultas Anuales Tripartitas sobre reasentamiento entre el ACNUR, los países de reasentamiento y las organizaciones no gubernamentales (ONG), Ginebra, 20-21 de junio de 2001, párrafo 1 (e).

los refugiados, la unidad familiar, particularmente cuando requiere acción mediante la reunificación, se ve frecuentemente a través del lente de la inmigración, que muchos países tratan de controlar o reducir. Durante los últimos dos decenios la mayor parte de los inmigrantes legales en los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) han inmigrado conforme a disposiciones de reunificación familiar.⁶

Los intentos por controlar y reducir los flujos de la migración familiar han inducido a muchos países a aplicar interpretaciones más restrictivas de sus obligaciones de proteger a la familia refugiada. A los estados les desvela el efecto multiplicador de la «migración en cadena» de familiares legítimos, así como de quienes usan esta figura fraudulentamente. Las inquietudes sobre el fraude se dirigen también a los inmigrantes, pero se acentúan particularmente en el contexto de los refugiados, ya que estos a menudo carecen de documentos que certifiquen la veracidad de su relación familiar.

El reto para los estados es equilibrar sus preocupaciones concernientes a la inmigración con sus obligaciones humanitarias de tal forma que protejan mejor a las familias (y sus derechos) y se exacerbe menos el problema de las llegadas no autorizadas que están tratando de resolver.

Es bien sabido, por ejemplo, que debido a la falta de medios legales para entrar en muchos países de asilo, numerosos esposos (usualmente, aunque no siempre, son los esposos) dejan a sus esposas e hijos en su lugar de origen o en un país de primer asilo para intentar el viaje a solas.⁷ Si son detenidos en un país de tránsito, a menudo no pueden regresar al país de primer asilo. Usualmente, las familias en cuestión quedan en una situación desesperada. Exceptuando la posibilidad de reunificación en el país de tránsito o primer asilo, donde el nivel de protección puede ser insuficiente, la única vía legal para la reunificación se convierte entonces en el reasentamiento, un proceso prolongado y costoso, difícil para los familiares separados, e intensivo en recursos para el ACNUR, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y los gobiernos afectados.⁸ También distorsiona el proceso de reasentamiento, desviando recursos de otras necesidades de protección para solucionar problemas de reunificación familiar que los mismos estados, hasta cierto punto, han creado.

6 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), «Continuous Reporting System on Migration (SOPEMI), *Trends in International Migration* (Informe Anual, OECD, París, 2001), pp. 20-21 y en otras partes.

7 El coste es un factor conexo que asciende con la distancia, la dificultad y la ilegalidad del viaje. Solicitantes de asilo informaron a una oficina del ACNUR, por ejemplo, que la tarifa actual por el tráfico ilícito de personas de la Federación Rusa al centro u occidente de Europa es de 3.000-5.000 dólares por persona. Mensaje electrónico de oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 6 de agosto de 2001.

8 Las cifras en cuestión no son bajas; por ejemplo, hay aproximadamente 1.500 familiares en Indonesia esperando el reasentamiento para reunirse con los suyos.

Las implicaciones de género de este panorama común, puesto que son primordialmente las mujeres y los niños quienes se quedan en el país de origen o tránsito, constituyen un riesgo aun mayor desde la perspectiva de la protección. Esto no sólo se debe a su temor de persecución en el país de origen, sino también porque carecen del apoyo de familiares varones. Para empeorar las cosas, no pueden optar por una solución duradera, ya que no pueden iniciar procedimientos de reunificación familiar y por consiguiente pueden desempeñar, en el mejor de los casos, sólo un papel pasivo en el procedimiento, a menos que también se expongan a los peligros de viajar en forma clandestina.⁹

La reunificación, aun si tiene éxito, a menudo tarda mucho más de lo que los refugiados esperan, por la duración de los procedimientos de asilo para el solicitante principal y los procedimientos posteriores de reasentamiento, reunificación e inmigración de la familia. El paso del tiempo por sí solo resulta dañino para la familia y gravoso para los estados ya que la probabilidad de problemas sociales e incluso de desintegración familiar aumenta con los períodos más extensos de separación y esto puede dar como resultado mayores gastos para los estados en servicios de bienestar y otros programas de asistencia. En algunos casos, los maridos eventualmente «desaparecen» o dejan de transferir dinero a sus familias, lo cual provoca un incremento en el número de familiares encallados que requieren de asistencia financiera y social. En otros casos, después de uno o dos años de vivir como madre soltera en condiciones difíciles sin medios para apoyar a su familia adecuadamente, una mujer puede decidir regresar al país de origen, aun si no es seguro. Su riesgo de regresar puede verse intensificado en comunidades tradicionales por sospechas acerca de su estancia temporal en el extranjero sin su marido, y puede enfrentar persecución o incluso la muerte por un comportamiento percibido como inmoral.¹⁰ Los largos períodos de espera también aumentan el riesgo de que los familiares se conviertan en víctimas de los traficantes de personas.

En un panorama diferente pero también demasiado recurrente, un menor puede llegar a solas a un país de asilo. Estos casos apremiantes pueden ser sumamente complicados. En algunos casos, los padres desesperados han enviado a los hijos al extranjero para su protección, por ejemplo para evitar su reclutamiento forzado por grupos armados. En otros casos, los padres tienen la esperanza de una mejor vida para su hijo o hija, o para ellos mismos, y no han actuado necesariamente de acuerdo con el interés superior del menor al enviarlo solo. Algunos niños se escapan de sus familias en situaciones que bien los pueden acreditar para la condición de refugiado, por ejemplo en los casos de matrimonios forzados o mutilación genital

9 Ver por ejemplo, Consejo de Refugiados de Australia, «Discussion Paper On Family Unity And Family Reunification», agosto de 2001, disponible en www.refugeecouncil.org.au/position082001.htm, sección 7. Ver también, G. Sadoway, «Canada's Treatment of Separated Refugee Children», 3 *European Journal of Migration and Law*, 2001, pp. 348-350.

10 Mensaje electrónico de oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 3 de agosto de 2001.

femenina. Incluso en otros casos, el menor ya se había separado de su familia en el país de origen o un país de tránsito.

La obligación de resolver estos casos conforme al interés superior del menor, ya sea que se lo reconozca o no como refugiado, requiere que los estados emprendan una investigación cuidadosa de los hechos y las circunstancias de cada menor y cada familia. Algunos países, como Canadá y Polonia, no permiten que los menores no acompañados y separados que han sido reconocidos como refugiados soliciten la reunificación familiar con sus padres, en parte para hacer que los padres desistan de enviar a sus hijos al extranjero. Algunos estados que sí tienen disposiciones para que los padres se reúnan con un menor imponen condiciones tan poco realistas para la reunificación que virtualmente eliminan la posibilidad; por ejemplo, exigiendo a los menores de edad que satisfagan los requisitos de ingresos económicos para financiar el reencuentro con sus familiares. Los niños en esta situación enfrentan una elección inaceptable: regresar a un lugar donde temen a la persecución o soportar la separación a largo plazo de sus padres. El temor de un Estado de que se recurra a «niños anclas» para permitir la inmigración de una familia no justifica denegar la reunificación familiar de un menor que se ha determinado amerita legítimamente la condición de refugiado, ni se ajusta a las obligaciones internacionales referentes a la reunificación familiar y el interés superior del niño.

Los esfuerzos de algunos estados por interceptar a los inmigrantes ilegales incluyen la selección para fines de protección internacional, con el reasentamiento como solución duradera. El país interceptor generalmente trata de encontrar otros países que ofrezcan los espacios necesarios para el reasentamiento de los refugiados así identificados. Dejando de lado la cuestión de si tales estrategias son un buen ejemplo de equilibrio entre las preocupaciones sobre migración y las responsabilidades de protección, o de distribución de la carga, debe reconocerse que al menos algunos de los refugiados interceptados tendrán vínculos familiares en el país adonde querían llegar y debe permitírseles reunirse con sus familiares allí.

Además de las inquietudes sobre el control migratorio, en algunos países sigue haciendo falta mayor información o conciencia de las responsabilidades del Estado con respecto a la unidad familiar. Donde, por ejemplo, la legislación referente a la reunificación familiar impone el requisito adicional de que los familiares satisfagan individualmente la definición de refugiado, se ha frustrado el propósito del derecho a la unidad familiar en el contexto de los refugiados.¹¹

En otros países, faltan estructuras legales o administrativas. Por ejemplo, una ley sobre refugiados promulgada en Rumanía en 2001 carece de disposición alguna sobre la reunificación familiar, aunque la legislación previa había permitido que

11 Ver por ejemplo, Ley sobre Refugiados de Estonia, 9 de julio de 1997, capítulo I (Disposiciones Generales), artículo 5, «La concesión de asilo», párrafo 3 (acceso en 1998, ACNUR RefWorld CD-ROM, Información Legal, REFLEG, Estonia).

las solicitudes de asilo se presentaran en las misiones del país en el extranjero, un procedimiento que había sido fundamental en los casos de reunificación familiar. Este procedimiento no se conservó en la ley de 2001, la cual insiste, en cambio, que todos los solicitantes de asilo se presenten en persona en el territorio del país.¹²

Los recursos limitados también tienen un impacto en la unidad familiar de los refugiados. En algunos casos, los países no pueden o no quieren asignar los recursos humanos o materiales necesarios para apoyar el proceso de restaurar la unidad familiar. En otras situaciones, los países pueden estar preocupados por la perspectiva de los costes adicionales ocasionados por los familiares recién llegados, y limitar entonces sus posibilidades de entrada o requerir que los refugiados satisfagan los mismos criterios relativos al nivel de ingresos o la disponibilidad de alojamiento exigidos a los inmigrantes. En particular, varios países se reservan el derecho de prohibir el ingreso de familiares de refugiados cuyos problemas de salud podrían constituir una carga para los recursos públicos, aunque se está volviendo menos común entre los estados ejercer esta opción.¹³

A la luz de las preocupaciones de seguridad intensificadas tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, los procedimientos de

12 El Reglamento 102/2000 sobre el Estatuto y el Régimen de Refugiados en Rumanía, de noviembre de 2000, capítulo II, sección 1, artículo 7(1). La ley 323/2001 que autorizó este reglamento fue aprobada por el Parlamento rumano en junio de 2001 y entró en vigor el 27 de junio de 2001. Desde entonces, la falta de procedimientos para conseguir la reunificación familiar se ha remediado en parte por un reglamento de febrero de 2002 que permitió a la Oficina Nacional de Refugiados recibir solicitudes para la reunificación familiar, y al consulado o embajada pertinente en el extranjero expedir documentos de viaje para quienes se autoriza a reunirse con sus familias, dejándolos entrar con una visa familiar (Ministerio Rumano del Interior y Ministerio de Asuntos Exteriores, Orden n.º 213/A/2.918, 11 de febrero de 2002). Sigue preocupando que el nuevo reglamento se aplique sólo a quienes gozan de la condición de refugiado, no de los estatutos complementarios; no contiene una cláusula de escape para los cobros por la visa o el viaje para las personas necesitadas, y sólo se aplica a los miembros de la familia nuclear. El reglamento también presupone la existencia de documentos originales para verificar el parentesco, los cuales podrían no estar fácilmente disponibles o podrían poner en peligro a los interesados si fueran solicitados.

13 Por ejemplo, en Australia en 2001, un refugiado se incineró (y más tarde murió) frente al Parlamento después de que a su esposa y sus hijos, uno de ellos con discapacidad, les denegaron el derecho a unírsele en Australia «por motivos de costes sustanciales en atención de salud para la comunidad australiana», según el ministro de Inmigración: *Sydney Morning Herald*, 3 de abril de 2001. Estados Unidos puede prohibir el ingreso a los candidatos que padecen enfermedades contagiosas como VIH/sida o tuberculosis, a menos que puedan calificar para una cláusula de escape basada en tres criterios: seguro médico privado, ningún peligro para la salud pública o la seguridad, y el compromiso de no diseminar la enfermedad. Hay, sin embargo, un «Programa Especial de Gestión de Casos Médicos» (SMCMP, por su sigla en inglés) del Programa de Reasentamiento de Estados Unidos, el cual brinda financiamiento a las comunidades para apoyar la atención médica y el cuidado de los refugiados que viven con VIH/sida. Este programa está disponible tanto para los casos de reunión familiar como para los «casos libres» (SMCMP, entrevista con el gerente de programa de la ONG Immigration and Refugee Services of America, 23 de mayo de 2002).

reunificación familiar se han vuelto más estrictos y más prolongados conforme se exigen pruebas más concretas sobre la identidad y las relaciones familiares.¹⁴ Las indagaciones sobre los antecedentes de los familiares ya son una fuente común de retrasos en el trámite de los casos de reunificación familiar. Dado que muchos refugiados vienen de regiones en crisis que también pueden albergar terroristas, es predecible que se dé un escrutinio intenso de las personas que intentan ingresar a los estados occidentales por todos los canales, incluyendo los sistemas de asilo y los programas de reunificación familiar. El uso de las cláusulas de exclusión de la Convención de 1951 quizás se incremente para impedir la entrada de familiares sospechosos de participación en actos terroristas o delictivos.

III. La familia como fuente de protección

A. El papel de la familia en la protección y la asistencia

De cara a la persecución, las familias adoptan varias estrategias protectoras, algunas de las cuales pueden exigir la separación temporal. Tales estrategias incluyen enviar a la clandestinidad a un adulto políticamente activo, ayudar a un hijo a librarse del reclutamiento forzado de las milicias, o enviar al extranjero a una mujer en peligro de ataque o secuestro. Los familiares pueden verse forzados a tomar rutas diferentes fuera del país, o a salir en momentos diferentes conforme lo permitan los recursos o las oportunidades.

Ya sea como una estrategia escogida o una consecuencia involuntaria del caos del desplazamiento forzado, la separación de una familia refugiada raramente pretende ser permanente. Los refugiados generalmente hacen todo lo posible por reunir al grupo familiar, pero a menudo encuentran enormes obstáculos prácticos y legales durante el proceso. La poderosa motivación de preservar o restaurar la unidad familiar es un testimonio del sentimiento de seguridad y bienestar que para muchas personas solamente se halla en la familia.

Las funciones más fundamentales de protección, apoyo emocional y cuidados físicos (particularmente de los menores, los ancianos y los enfermos) se dan dentro de la unidad familiar. Entre más débiles sean las instituciones públicas de protección social, más dependen los individuos de las estructuras familiares. Si bien muchas familias distan de encarnar los conceptos idealizados de obrar por el interés superior de cada uno de sus miembros, la separación involuntaria de la familia crea vulnerabilidades particulares. Cuando otras instituciones de la sociedad se descomponen, o no puede accederse a ellas, como es a menudo el caso en las situaciones

14 Ver en general, ACNUR, «Cómo abordar el tema de la seguridad sin perjudicar la protección de los refugiados: la perspectiva del ACNUR», noviembre de 2001.

de refugiados, la familia asume una importancia aun mayor que la usual. Los refugiados que están solos corren mayor riesgo de ataques y explotación, y pueden verse forzados a caer en la servidumbre o la prostitución para poder sobrevivir. La protección de la familia refugiada es, así, un medio primordial para proteger a los refugiados a nivel individual.

La función de la familia como un canal para la distribución de recursos provenientes de los generadores de ingreso o los productores primarios a los acudientes y los familiares a su cargo comúnmente se replica en los métodos usados para brindar asistencia a los refugiados. El grupo familiar sigue siendo la célula más básica en la red de distribución de alimentos y otros bienes provistos por los servicios internacionales y nacionales de asistencia. Los individuos aislados pueden tener dificultades para acceder a los artículos de primera necesidad. Las organizaciones que brindan asistencia tratan de reunir a las familias por razones humanitarias así como de protección, pero también hallan que facilita la tarea de distribuir la ayuda. Tanto dentro del contexto de los programas organizados de asistencia como fuera de ellos, la familia es para muchos refugiados la fuente más confiable de asistencia, que extiende sus recursos a lo largo de canales de mutua obligación que pueden incluir a familiares muy distantes.

La protección de la familia es primordial para los miembros menos capaces de valerse por sí mismos, en particular los menores y los adultos mayores. Los programas de ubicación y reunificación para estos y otros grupos vulnerables son temas particularmente urgentes. En los últimos años han comenzado a diseñarse medios para proteger a los menores separados de sus familias durante la huida,¹⁵ pero las disposiciones específicas para los adultos mayores están mucho menos desarrolladas.¹⁶ Mientras se permite casi universalmente la reunificación de los menores con sus padres, los adultos mayores afrontan mayores obstáculos tanto en el principio como en la práctica. Algunos estados limitan las posibilidades de reunificación familiar a los cónyuges e hijos menores, mientras que otros aceptan a los padres mayores pero sobre estrictos criterios de dependencia. Sólo excepcionalmente se

15 Ver por ejemplo, ACNUR, *Los niños refugiados: Directrices sobre protección y cuidado* (ACNUR, Ginebra, 1994), capítulo 10; ACNUR, «Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo», 1 de febrero de 1997; Programa de menores separados o no acompañados en Europa (iniciativa conjunta del ACNUR y la Alianza Internacional Save the Children), «Declaración de buenas prácticas», octubre de 2000; CD-ROM con paquete de recursos para actuar a favor de los derechos de los niños, agosto de 2001; Asamblea General de la ONU, «Protección y asistencia a los menores refugiados», documento de la ONU A/56/333, 7 de septiembre de 2001.

16 Ver Comité Permanente del Comité Ejecutivo, «La situación de los refugiados de edad», documento de la ONU EC/48/SC/CRP.39, 14 de agosto de 1998; Comité Permanente del Comité Ejecutivo, «Personas de edad: mirando más allá del año internacional de las personas mayores», documento de la ONU EC/50/SC/CRP.8, 7 de febrero de 2000; y, más generalmente, Helpage International, «Older People in Disasters and Humanitarian Crises: Guidelines for Best Practice», 2000, disponible en www.helpage.org.

permite en la mayoría de los estados receptores que otros familiares más distantes que son adultos mayores, como tías, tíos o primos, se reúnan con sus familiares.¹⁷ La vulnerabilidad de los refugiados adultos mayores y los familiares mayores abandonados por los refugiados, debe reconocerse en los criterios que rigen la elegibilidad para la reunificación familiar.

B. Las soluciones duraderas

Un núcleo familiar intacto es un recurso invaluable para los refugiados en el proceso de conseguir soluciones duraderas a sus dificultades, ya sea que se logren mediante la repatriación voluntaria, la integración local o el reasentamiento. El retorno al país de origen usualmente presenta retos profundos cuando los repatriados intentan reconstruir sus vidas y sus medios de sustento. Las familias monoparentales o bajo la responsabilidad de menores, pueden tener dificultades para demostrar su derecho a tierras, viviendas u otras propiedades. Aunque algunas familias de refugiados pueden hallar conveniente que uno o más miembros los precedan en el viaje de regreso, es poco probable que la reintegración verdadera cobre impulso hasta que la unidad familiar se restablezca. Los gobiernos y los organismos que asisten la repatriación, por consiguiente, deben idear planes que refuercen la unidad familiar.

Cuestiones de reunificación familiar también pueden surgir en las situaciones de repatriación voluntaria que se dan en circunstancias menos que ideales, por ejemplo cuando debe decidirse si un menor separado o no acompañado debe reunirse con su padres en un país de origen inestable, donde el conflicto podría arrear en cualquier momento, o dejar al niño con sus padres de adoptivos en un campamento para refugiados. Determinar el interés superior del niño en tales circunstancias es una tarea difícil.¹⁸ Un asunto relacionado es la cesación: ¿Cómo y cuándo puede un menor de edad acogerse de nuevo voluntariamente a la protección del país de nacionalidad? No importa cuáles sean las circunstancias, el derecho a la unidad y reunificación familiar se aplica en las situaciones de repatriación voluntaria, y tanto el país de origen como el país de asilo deben garantizar que se respete.

En las situaciones de integración local también pueden surgir interrogantes, por ejemplo cuando un adolescente, quien pudo haber pasado toda su vida en el país de asilo, quiere permanecer ahí aun cuando el resto de la familia está retornado a su país de origen. Por otro lado, ¿cómo puede garantizarse que todos los miembros de una familia de refugiados que viven juntos en el país de primer asilo obtengan

17 Ver Secretariat of the Inter-Governmental Consultations, «Report on Family Reunification: Overview of Policies and Practices in IGC Participating States», marzo de 1997, p. 420.

18 Se están preparando actualmente las Directrices interagenciales sobre niños separados, que incluyen una sección sobre soluciones duraderas.

el permiso de reasentarse a ese país? ¿Hasta qué punto se debería permitir que otros familiares se les unan desde otro país de asilo o desde el país de origen? La experiencia ha demostrado que dar a los refugiados la oportunidad de mantener la unidad familiar mejora la perspectiva de una integración local exitosa.

El reasentamiento es una poderosa herramienta para la reunificación familiar, reuniendo en algunos casos a familiares que habían quedado frenados en países diferentes de tránsito o asilo, o que no habían podido dejar el país de origen. La mayor parte de los países que cooperan con el ACNUR a través de programas de reasentamiento para refugiados aceptará que una familia completa proveniente del país de primer asilo o, en limitados casos por motivos humanitarios, directamente desde el país de origen, se reúna. Algunos países de reasentamiento son más flexibles que otros acerca de aceptar estructuras no tradicionales o complejas que trascienden la familia nuclear. Las Consultas Anuales Tripartitas sobre reasentamiento entre el ACNUR, los países de reasentamiento y las ONG, celebradas en junio de 2001, avalaron las definiciones «flexibles y expansivas» de la familia que sean «culturalmente sensibles y específicas a la situación».¹⁹

Con tal que todos los miembros de la familia se incluyan en la hoja de solicitud de reasentamiento (ya sea que estén presentes en el mismo país que el solicitante de reasentamiento o no), el ACNUR ha hallado normalmente que no hay ninguna dificultad con que los parientes se reúnan con sus familiares reasentados, aun en etapas posteriores. Las ONG que trabajan en reasentamiento, sin embargo, informan que en algunos casos la aplicación rígida que los estados hacen de las normas puede conducir a penurias innecesarias. Por ejemplo, una familia refugiada de Sudán con cuatro hijos obtuvo visas para un país de reasentamiento, pero cuatro días antes de partir la esposa dio a luz. Este quinto hijo tuvo que quedarse en el campamento para refugiados porque no tenía visa, y se requirieron más de cuatro meses para resolver el caso.²⁰

Se reconoce ampliamente la importancia para los refugiados reasentados de la unidad y la reunificación familiar. Fue enérgicamente enfatizada en una conferencia internacional sobre la recepción e integración de los refugiados reasentados, celebrada en Suecia en abril de 2001.²¹ El desasosiego y la preocupación de los refugiados separados de sus familiares cercanos pueden impedirles dedicarse completamente a construir una vida nueva en el país de reasentamiento. El corolario

19 Consultas Anuales Tripartitas sobre reasentamiento, ACNUR, Ginebra, junio de 2001.

20 Refugee Council of Australia, «Discussion Paper», arriba, n. 9, p. 6.

21 Ver J. Fredriksson, «Protecting the Family: Challenges in Implementing Policy in the Resettlement Context», ponencia preparatoria preparada para la Conferencia internacional del ACNUR sobre la recepción y la integración de los refugiados reasentados, auspiciada por la Oficina Nacional Sueca de Integración, Norrköping, Suecia, abril 25-27 de 2001. Ver también más generalmente, Conferencia internacional sobre la recepción y la integración de los refugiados reasentados, *Informe de las actas*, 25-27 de abril de 2001, Norrköping, Suecia.

positivo es que una familia unificada es el sistema de apoyo más fuerte y más eficaz para que un refugiado se integre a la vida social y económica de un nuevo país.

IV. La familia refugiada en el derecho internacional

Al examinar el derecho a la unidad familiar de los refugiados en el derecho internacional, es importante distinguir entre la unidad y la reunificación familiar, y también entre los familiares cercanos y los más distantes. Es importante, igualmente, diferenciar entre los refugiados de la Convención de 1951, las personas que se benefician de otros tipos de protección y los solicitantes de asilo. Esta sección explica brevemente el derecho a la unidad familiar dentro del derecho internacional, y examina luego su aplicación en el contexto de los refugiados. Utiliza el mismo enfoque para la reunificación familiar y posteriormente discute cuáles miembros de la familia pueden beneficiarse, y dónde y cuándo debe aplicarse ese derecho.

A. La unidad familiar

El derecho de la familia a vivir como un todo integral está protegido por una diversidad de derechos internacionalmente reconocidos tanto dentro del derecho internacional de los derechos humanos como dentro del derecho internacional humanitario. Como su fundamento, existe consenso universal en torno a que, como la unidad fundamental de la sociedad, la familia tiene derecho a ser respetada y protegida.²² El derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento de la familia como una unidad «grupal»: si los miembros de la familia no tuvieran derecho a vivir juntos, no habría un «grupo» que respetar o proteger.²³ Además, el derecho a casarse y formar una familia²⁴ incluye el derecho a mantener una vida

22 Declaración Universal, arriba, n. 1, artículo 16(3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, 999 UNTS 171 (en adelante «PIDCP»), artículo 23(1); y Convención Americana de Derechos Humanos o «Pacto de San José, Costa Rica», 1969, Tratado de la Organización de los Estados Americanos (OEA) Serie n.º 35 (en adelante «CADH»), artículo 17(1), afirman: «La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.» La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981, 21 ILM, 1982, p. 58, artículo 18(1), afirma: «La familia será la unidad natural y la base de la sociedad. Estará protegida por el Estado, el cual se ocupará de su salud física y moral.» La Carta Social Europea, 1996 (ETS 163, revisión de la Carta Social Europea de 1961), artículo 16, afirma: «La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo.»

23 Comité de Derechos Humanos (en adelante «CDH»), Sesión 39, 1990, Observación General n.º 19 sobre el artículo 23(5).

24 Declaración Universal, arriba, n. 1, artículo 16(1); PIDCP, arriba, n. 22, artículo 23(2); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 1950, ETS n.º 5 (en adelante «CEDH»), artículo 12; CADH, arriba, n. 22, artículo 17(2).

familiar en común.²⁵ El derecho a una vida familiar compartida también surge de la prohibición de la interferencia arbitraria en la familia²⁶ y de los derechos familiares especiales otorgados a los niños por el derecho internacional.²⁷

En los últimos cincuenta años, los estados han demostrado una paulatina voluntad de ampliar el alcance de sus responsabilidades con respecto a la familia, tanto en el plano internacional como regional. Ellos han asumido el deber, por ejemplo, no sólo de proteger sino también de ayudar y apoyar a la familia;²⁸ han acordado disposiciones especiales para proteger la unidad y promover la reunificación de familias afectadas por los conflictos armados²⁹ y aquellas con un miembro que labora en un país extranjero.³⁰ Los estados han reconocido las responsabilidades comunes de los hombres y las mujeres como padres, sin distinción de su estado civil, acentuando así su derecho, e igualmente su responsabilidad, de

25 CDH, Observación General n.º 19, arriba, n. 23, párrafo 5. Ver también, Caritas Europa, Comisión sobre Migración; Comisión Eclesiástica para los Migrantes en Europa; Comisión de los Episcopados de la Comunidad Europea; Comisión Católica Internacional sobre la Migración; Servicio Jesuita para los Refugiados Europa, «Posición de la propuesta modificada de la Comisión para crear una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación», noviembre de 2000, párrafo 2.3; y E. F. Abram, «The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law», 17(4) *Law and Policy*, 1995, p. 407.

26 Declaración Universal, artículo 12; CEDH, artículo 8; PIDCP, artículo 17; CADH, artículo 11(2); Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Resolución de la Asamblea General de la ONU 44/25, 20 de diciembre de 1989 (en adelante «CDN»), artículo 16.

27 CDN, artículos 3, 9, y 10.

28 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución de la Asamblea General de la ONU 220 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, 993 *UNTS* 3 (en adelante «PIDESC»), artículo 10(1), reza: «Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.» La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, arriba, n. 22, artículo 18(2), reza: «El Estado tendrá el deber de asistir a la familia [...]» La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, 1990, ACNUR, *Recopilación de instrumentos internacionales y otros textos jurídicos relativos a los refugiados y las personas desplazadas* (ACNUR, Ginebra, 1995), volumen 11, pp. 65-83, artículo XVIII (1), reza: «La familia es la unidad natural y la base de la sociedad. Gozará para su establecimiento y desarrollo de la protección y del apoyo del Estado» [*Traducción no oficial*]. Ver también, CDN, quinto párrafo del preámbulo.

29 Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, 1949, 75 *UNTS* 287, artículos 25, 26, 49(3), y 82(2); Protocolo Adicional I, 1977, 1125 *UNTS* 4, artículos 74 y 75(5); Protocolo adicional II, 1977, 1125 *UNTS* 610, artículo 4(3) (b).

30 La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990, documento de la ONU A/RES/45/158 (en adelante «Convención de los Trabajadores Migratorios»), artículo 44(1), reza: «Los estados partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio». Para el 31 de diciembre de 2002, este convenio contaba con diecinueve de las veinte ratificaciones requeridas para entrar en vigor. [*La Convención comenzó a regir el 1 de julio de 2003. N. del T.*]

participar en la educación y el desarrollo de sus hijos.³¹ En particular, la mayoría de los Estados ha convenido, con una unanimidad y prontitud sin precedentes,³² en una codificación extensa de los derechos de los niños, incluyendo el derecho a vivir con sus padres.³³

Quizá porque el derecho a la unidad familiar está asimismo bien establecido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 se ha sugerido que fuera de Europa no existe un derecho explícito y universalmente aplicable a la unidad o la reunificación familiar que trascienda el derecho soberano de los estados de juzgar cuáles extranjeros pueden ingresar o quedarse. La unidad familiar, según este punto de vista, es más bien un «principio» humanitario admirable pero no vinculante. Sin embargo, tal posición no toma en cuenta los amplios e inequívocos derechos y normas que se aplican a todos los individuos y se encuentran en los tratados internacionales, específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (junto a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño (junto a las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos del Niño con respecto a los informes de los estados) y las Convención de Ginebra de 1949 con sus Protocolos Adicionales. La cuestión del derecho a la unidad familiar en el derecho internacional consuetudinario está fuera del

- 31 La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, 1249 *UNTS* 13, artículo 5 (b), reza: «Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: [...] Garantizar [...] el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos [...]; el artículo 16(1) reza: «Los estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para [asegurar] [...] Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos [...]»; la CDN, artículo 18(1) afirma que «ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño». Ver también, CDH, Observación General n.º 28 sobre el artículo 3, documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000, párrafo 25.
- 32 La CDN contaba con 191 estados partes para el 9 de abril de 2002. Por otro lado, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, arriba, n. 31, tenía 168; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965, 660 *UNTS* 195, tenía 162; el PIDCP tenía 148; el PIDESC tenía 145; la Convención de 1951 o su Protocolo de 1967 tenían 144; y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, A/RES/39/46, 10 de diciembre de 1984 (en adelante «Convención contra la Tortura»), tenía 128.
- 33 La CDN, artículo 9(1), reza: «Los estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos». Ver también, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, arriba, n. 28, artículo XIX (1), que reza: «Todo niño tendrá derecho al disfrute de la protección y el cuidado de sus padres y, siempre que sea posible, residirá con ellos» [*Traducción no oficial*]. La Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Naciones Unidas), 1993, 32 *ILM* 1661, párrafo 21, afirma que «el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño exige que este crezca en un entorno familiar, que merece, por lo tanto, una mayor protección».

alcance de esta ponencia, pero también puede elaborarse un sólido argumento en virtud de este.³⁴

Sin duda, nadie sostendría que el derecho a la unidad familiar en el contexto de los refugiados es tan sencillo como, digamos, el derecho del refugiado a estar libre de la tortura. Los derechos en que se basa la unidad familiar son a menudo calificados con disposiciones para que el Estado limite el derecho en ciertas circunstancias. Debe notarse, sin embargo, que el «calificativo» más importante, y a veces el único, es el imperativo de actuar en virtud del interés superior del menor. El derecho a la unidad familiar de los refugiados se cruza con el derecho de los estados a tomar decisiones sobre la entrada o permanencia de los extranjeros. El derecho a la unidad familiar también depende de la naturaleza de la relación familiar, donde los menores dependientes y sus padres tienen el mayor peso. Estas complejidades no desvirtúan la existencia del derecho, sino que indican que debe ser cuidadosamente aclarado desde una óptica jurídica, más no política. La investigación académica se centra abrumadoramente en el análisis del ámbito del derecho, no en la negación de su existencia.³⁵

B. El «derecho esencial» a la unidad familiar en el contexto de los refugiados

Hay un reconocimiento general de que los principios del derecho de refugiados, aun aquellos con una base textual en la Convención de 1951 como la

34 Por ejemplo, un juzgado de distrito federal en Estados Unidos, país que no es parte de la CDN, recientemente falló que el gobierno debe tomar en cuenta los principios del derecho internacional consuetudinario concernientes al interés superior del niño, en el caso de un inmigrante cuya deportación se había ordenado por una infracción penal, quien era también el padre de una niña de siete años de edad que era ciudadana estadounidense. *Beharry contra Reno*, USA Dist. Ct., Distrito Este de Nueva York, 2002 *US Dist. Lexis* 757, 8 de enero de 2002.

35 Ver por ejemplo, C. S. Anderfuhren-Wayne, «Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches», 8(3) *International Journal of Refugee Law*, 1996, p. 347 en p. 354, que reza: «Por lo tanto, de conformidad con las leyes tanto estadounidenses como europeas el derecho a la unidad familiar es limitado.» Ver también, H. Lambert, «The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion», 11(3) *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 427 en p. 431: «La reunión familiar es considerada un derecho humano básico [...]»; y p. 428: «Así, el derecho consagrado en el artículo 8 del CEDH no es un derecho absoluto de los individuos, pero sí impone ciertas obligaciones a los estados». Ver adicionalmente, J. Apap y N. Sitaropoulos, «The Right to Family Unity and Reunification of Third Country Migrants in Host States: Aspects of International and European Law», en *Proceedings of the First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe (Odysseus Network)*, Brussels 1 2.12.2000 (Bruylant, Bruselas, 2002, próximo a ser publicado); Abram, arriba, n. 25. Para una óptica algo discrepante, ver P. J. Van Krieken, «Family Reunification», en *The Migration Acquis Handbook* (recopilado por P. J. Van Krieken, T. M. C. Asset Press, La Haya, 2001), p. 116.

no devolución (artículo 33), la exclusión (artículo 1F) y la no penalización por el ingreso ilegal (artículo 31), deben interpretarse a la luz de la evolución del derecho internacional y la práctica del Estado en el último medio siglo.³⁶ La misma Convención de 1951 dispone que nada de lo contenido en ella deberá interpretarse en detrimento de cualquier otro derecho o beneficio otorgado a los refugiados al margen de la Convención.³⁷

La necesidad de un análisis contextual es aún mayor con respecto a la unidad y reunificación familiar de los refugiados que no se mencionan en la Convención de 1951. Ya que el derecho a la unidad familiar se ha desarrollado en el derecho internacional general, no puede verse limitado por disposiciones, o por su ausencia, en el campo de los refugiados. El derecho a la unidad familiar se aplica a todos los seres humanos, sin importar su condición.³⁸ Es esencial una perspectiva más amplia que la provista por la Convención de 1951 para entender el alcance y contenido del derecho a la unidad familiar de los refugiados.³⁹ El Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, claramente incluye a los refugiados al discutir la necesidad de medidas apropiadas «para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares».⁴⁰ También se deduce que el derecho a la unidad familiar de los refugiados no depende de que el Estado en cuestión sea parte de la Convención de 1951.

La ausencia en la Convención de 1951 de una disposición específica sobre la unidad familiar no quiere decir que los redactores no viesen la protección de la familia refugiada como un deber. Debe notarse ante todo que la Convención de 1951 sí brinda protección a la familia refugiada en varios artículos.⁴¹ Además, el «derecho esencial» a la unidad familiar fue el tema de una recomendación

36 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, 1155 *UNTS* 331, artículo 31(3). Sobre estos tres asuntos, ver respectivamente la opinión legal de E. Lauterpacht y D. Bethlehem, la ponencia sobre exclusión de G. Gilbert, y la ponencia sobre el artículo 31 de G. S. Goodwin-Gill, capítulos 2.1, 7.1 y 3.1 respectivamente, de este volumen.

37 Convención de 1951, artículo 5.

38 Ver por ejemplo, CDH, sesión 27, 1986, Observación General n.º 15 sobre la posición de los extranjeros de conformidad con el Pacto, párrafo 7.

39 G. S. Goodwin-Gill, «Protecting the Human Rights of Refugee Children: Some Legal and Institutional Possibilities», en *Children on the Move: How to Implement their Right to Family Life* (compiladores J. Dock, H. van Loon y P. Vlaardingbroek, Editorial Martinus Nijhoff, La Haya, 1996), p. 97.

40 CDH, Observación General n.º 19, arriba, n. 23, párrafo 5.

41 La Convención de 1951, artículo 4, se refiere al derecho de los padres a «la libertad de instrucción religiosa de sus hijos»; el artículo 12(2) dispone que «los derechos inherentes al matrimonio, serán respetados»; el artículo 22 trata de la enseñanza pública de los niños en la escuela primaria y en adelante; el artículo 24 trata de los subsidios familiares y otras formas de seguridad social otorgadas a los nacionales; el párrafo 2 del calendario anexo sobre documentos de viaje afirma que los niños pueden ser incluidos en el documento de viaje de uno de los padres o, en circunstancias excepcionales, de otro refugiado adulto.

aprobada unánimemente por la Convención de Plenipotenciarios que adoptó el texto final de la Convención de 1951. Esta reza:

Considerando que la unidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado; y que esta unidad se halla constantemente amenazada; y

tomando nota con satisfacción de que, según el comentario oficial del Comité Especial sobre Apatridia y Problemas Conexos (E/1618, página 40 del texto inglés), los derechos del refugiado se extienden a los miembros de su familia;

recomienda a los Gobiernos que adopten las medidas necesarias para la protección a la familia del refugiado y especialmente para:

1. Asegurar que se mantenga la unidad de la familia del refugiado, sobre todo en aquellos casos en que el jefe de familia reúna las condiciones necesarias para ser admitido en un país.
2. Asegurar la protección a los refugiados menores de edad y sobre todo a los niños aislados y a las jóvenes, especialmente en cuanto a la tutela y la adopción.⁴²

El representante del Vaticano que propuso la recomendación sobre la unidad familiar notó que, aunque era una «proposición obvia» que la asistencia a los refugiados automáticamente implicaría la asistencia a sus familias, sería sabio incluir una referencia específica.⁴³ El debate sobre esta recomendación, una de sólo cinco adoptadas por la Conferencia, se centró en asegurarse de no desviarse del «punto de vista categórico» del Comité preparatorio *ad hoc* sobre apatridia y refugiados acerca de que «los gobiernos tenían la obligación de tomar tales acciones con respecto a la familia del refugiado».⁴⁴

Aunque la recomendación no es vinculante, su caracterización de la unidad familiar como un «derecho esencial» en esta temprana etapa del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, es prueba del objeto y propósito de los redactores en la formulación de la Convención de 1951, y debe ser leída en conjunción con la meta expresada en el preámbulo de la Convención de asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de sus derechos y libertades fundamentales.

Los estados miembros del Comité Ejecutivo del ACNUR han compartido este propósito y lo han impulsado. Las conclusiones del Comité han enfatizado repetidamente la importancia de las acciones del Estado para mantener o restablecer la

42 Acta Final, arriba, n. 3, Recomendación B.

43 P. Weis (compilador), *The Refugee Convention, 1951: The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary* (Cambridge University Press,) 1995, p. 380.

44 *Ibidem*, p. 381 (declaración del representante del Reino Unido).

unidad familiar, comenzando por la primera Conclusión adoptada en 1975.⁴⁵ El Comité Ejecutivo también ha situado el asunto de la unidad familiar directamente en su contexto apropiado: el derecho internacional. Particularmente significativo en este sentido fue el reconocimiento de la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño con respecto al marco jurídico para proteger a los niños y adolescentes refugiados.⁴⁶ El Comité Ejecutivo también ha alentado a todos los Estados a adoptar legislación para poner en práctica «el *derecho* a la unidad de la familia de todos los refugiados, *habida cuenta de los derechos humanos de los refugiados y de sus familias*».⁴⁷ Debe recordarse que las Conclusiones del Comité Ejecutivo son resultado del consenso en las deliberaciones de los Estados soberanos más interesados en los problemas de refugiados o afectados por ellos, es decir, Estados que no necesariamente forman parte de la Convención de 1951 o su Protocolo.⁴⁸

Aunque el derecho explícito a la unidad familiar en el contexto de los refugiados no se cita en la Convención de 1951 en sí, este, como el derecho de refugiados en general, debe ser comprendido a la luz de subsiguientes desarrollos en el derecho internacional, incluyendo los tratados y acuerdos conexos, la práctica del Estado y la *opinio juris*.

1. *La unidad familiar y la condición derivada u otros estatutos*

La unidad familiar de los refugiados, en la práctica, quiere decir que los estados no deben separar a una familia intacta y deben tomar medidas para mantener a la familia como una unidad. En el momento de determinar la condición de refugiado, eso quiere decir que los familiares acompañantes de un refugiado reconocido también deben recibir la condición de refugiado, algunas veces llamada condición derivada, o algún otro estatuto igualmente seguro que contemple los mismos derechos.⁴⁹

No garantizar la unidad familiar puede conducir a muchos problemas. En Canadá, por ejemplo, las autoridades administrativas y judiciales generalmente rechazan el concepto de la unidad familiar en el contexto de la determinación de

45 Ver Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 1 (XXVI), 1975, párrafo f. Ver también, Conclusiones n.º 9 (XXVIII), 1977; n.º 24 (XXXII), 1981; n.º 84 (XLVIII), 1997; n.º 85 (XLIX), 1998, párrafos u-x; y n.º 88 (L), 1999.

46 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 84 (XLVIII), 1997, cuarto párrafo del preámbulo.

47 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 85 (XLIX), 1998, párrafo x (énfasis añadido).

48 P. Van Krieken, «Cairo and Family Reunification», 42 (2)-(3) *AWR Bulletin: Quarterly on Refugee Problems*, 1995, p. 62, señala que las Conclusiones del Comité Ejecutivo no son un resultado de los *anhelos irreal*es del ACNUR.

49 Comité Ejecutivo, Conclusiones n.º 88 (L), 1999, párrafo b (iii); n.º 85 (XLIX), 1998, párrafo v; n.º 47 (XXXVIII), 1987, párrafo h; y n.º 24 (XXXII), 1981, párrafo 8. Ver también, ACNUR, «Nota de fondo», arriba, n. 5, párrafo 5.

la condición de refugiado.⁵⁰ En consecuencia, existen casos donde a un cónyuge y un hijo dependiente se les ha reconocido la condición de refugiado y no así al otro cónyuge,⁵¹ o donde un padre ha sido reconocido pero sus hijos a su cargo no,⁵² o incluso donde un menor ha sido reconocido pero sus padres y otros hermanos n.⁵³ El principal caso de la Corte Federal sobre este asunto denegó la unidad familiar como una base para reconocer la solicitud del familiar y en lugar de eso analizó la solicitud en términos del artículo 1A de la Convención de 1951, específicamente la pertenencia a un determinado grupo social, a saber la familia.⁵⁴

La unidad o reunificación familiar en Canadá está contemplada en un procedimiento administrativo, pero los obstáculos potenciales durante el proceso abundan: el refugiado debe obtener primero la condición de residente permanente, de la cual es requisito un pasaporte válido que muchos refugiados no tienen y no pueden obtener; los familiares que están en Canadá con el refugiado pero que no fueron reconocidos por cuenta propia carecen de un estatuto legal durante el período del procedimiento administrativo; las tarifas del procedimiento están fuera del alcance de muchos refugiados; si no se cumple con el plazo límite del procedimiento para la unidad familiar de los refugiados, el único recurso es presentar una solicitud dentro de las categorías normales de inmigración que son más restrictivas; pueden imponerse condiciones médicas y deben realizarse controles de seguridad. El efecto acumulativo de estos difíciles, y en algunos casos poco sensatos, procedimientos burocráticos es que muchos refugiados esperan varios años para la reunificación familiar o incluso para un estatuto seguro para los familiares que están con ellos. Una consecuencia es que muchos menores llegan a la mayoría de edad y ya no son elegibles, creando más obstáculos a la reunificación familiar.

Existen varias formas de lograr las metas de la unidad familiar en los procedimientos para determinar la condición. O bien todos los familiares que superan cierta edad, como los quince años, pueden ser entrevistados o puede nombrarse a un «solicitante principal». Con la progresiva concienciación sobre la persecución

50 Ver por ejemplo, M99-04586 et al. [Moss], División para la Determinación de la Condición de Refugiado de la Convención (CRDD, por su sigla en inglés), 21 de diciembre de 1999, *RefLex* (compendio canadiense de leyes y fallos sobre inmigración y refugiados), n.º 133,1 de marzo de 2000; A98-00594 et al. [Kagedan, Showler], CRDD, 9 de diciembre de 1998, *el RefLex*, n.º 110, 3 de marzo de 1999; V95-01655 et al. [Lalonde], CRDD, 6 de mayo de 1998, *RefLex*, n.º 94, 6 de julio de 1998. *RefLex* está disponible en www.irb.gc.ca.

51 *Y. S. C. (Re)*, CRDD n.º 26 (Quicklaw), 1998.

52 *I.P.A. (Re)*, CRDD n.º 286 (Quicklaw), 1999; *H. Z. G. (Re)*, CRDD n.º 226 (Quicklaw), 1999; *M.V.J. (Re)*, CRDD n.º 114 (Quicklaw), 1998.

53 Sadoway, «Canada's Treatment of Separated Refugee Children» arriba, n. 9, pp. 376-378, y los casos allí citados.

54 *Castellanos contra Canadá (procurador general)*, Corte Federal (Sala de Juicios), 2 FC 190 (Quicklaw), 1995.

por motivos de género⁵⁵ y las formas específicas de peligros para los niños, se entiende ahora que el solicitante principal no debe ser necesariamente el cabeza de familia varón.⁵⁶ Todos los miembros de la familia tienen derecho a una audiencia individual.⁵⁷ El respeto por este derecho se vuelve crucial si la solicitud del primer miembro de la familia es denegada. En todo caso, tan pronto como un miembro de la familia cuente con una solicitud aprobada, a los demás debe concedérseles la condición de refugiado derivada.

Vale la pena señalar que el principio del estatuto derivado u otro estatuto vinculado de algún modo con el asilo sólo funciona a favor del reconocimiento, no a favor del rechazo. En otras palabras, aun si un miembro de la familia es reconocido y todos los demás son denegados con base en los méritos de sus solicitudes individuales, cada miembro de la familia tiene derecho al beneficio del estatuto derivado.⁵⁸

2. La unidad familiar y la «alternativa de huida interna»

Una cuestión que puede surgir al determinarse la condición es la posibilidad de que el solicitante regrese a un área diferente del país de origen, la llamada «alternativa de huida interna».⁵⁹ Una parte integral de este análisis, de haber de hecho un área segura en el país, es si sería razonable pretender que el solicitante se reubique allí. Un factor a ser tenido en cuenta es la importancia de mantener la unidad familiar.⁶⁰ Ya que el derecho internacional requiere la protección del Estado a la familia, aun contra amenazas de actores no estatales⁶¹ y prohíbe en términos particularmente vehementes la separación involuntaria de los niños y sus padres,⁶² no es razonable pedir que una persona necesitada de protección se reubique internamente al precio de separarse de sus familiares cercanos.

55 Ver la ponencia de R. Haines relativa a la persecución de género, y la ponencia de A. Edwards sobre las dimensiones de edad y género en el derecho internacional de refugiados, en este libro.

56 ACNUR, «Nota de antecedentes», arriba, n. 5, párrafo 6; Comité Permanente del ACNUR, «Cuestiones de protección de la familia», documento de la ONU EC/49/SC/CRP.14, 4 junio de 1999, párrafo 10.

57 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 88 (L), 1999, párrafo b (iii).

58 ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, (Ginebra, 1979, reeditado 1992) (en adelante «ACNUR, *Manuales*»), párrafo 185.

59 Ver capítulo 6.1 de este libro, de J. C. Hathaway y M. Foster; así como ACNUR, «La reubicación interna como una alternativa razonable al asilo: la llamada 'alternativa de huida interna' o 'principio de reubicación'», 1999.

60 CNUR, «Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados», abril de 2001, párrafo 13.

61 CDH, Sesión 32, 1988, Observación n.º 16 sobre el artículo 17, párrafo 1.

62 CDN, artículo 9(1). Ver también, Abram, arriba, n. 25, pp. 417-421.

3. *La exclusión y la unidad familiar*

En los casos de exclusión real o potencial de la condición de refugiado con arreglo al artículo 1F de la Convención de 1951,⁶³ la situación de cada familiar debe determinarse en forma individual. Si se halla que un miembro de la familia satisface la definición de refugiado pero es excluible, las solicitudes de los demás familiares deben examinarse cuidadosamente, no sólo a la luz de las razones que dieron lugar a la solicitud del miembro excluible o las razones independientes de los otros, sino también como consecuencia de su riesgo al estar emparentados con alguien que participó en un acto excluible. En otras palabras, no existe la exclusión derivada.

De ser reconocidos, sin embargo, los familiares no pueden «contrarrestar» la exclusión de otro miembro. Es decir, cada miembro de la familia en tales casos debe ser no excluible por derecho propio.⁶⁴ Surge la pregunta práctica de si el miembro familiar admisible debe regresar al país de origen con el miembro excluible, teniendo presente que ambos pueden correr riesgo al retornar debido a las actividades del miembro excluible. Dados los complejos casos que pueden surgir, particularmente en el contexto del reasentamiento, el ACNUR debería considerar el desarrollo de directrices más detalladas para las situaciones donde los principios de la unidad familiar y la cláusula de exclusión están en conflicto.⁶⁵

El impacto de la exclusión en la unidad familiar acentúa la necesidad de asegurarse de que no se aplique una interpretación excesivamente expansiva de los motivos de exclusión con arreglo a la Convención de 1951 u otros motivos de inadmisibilidad relativos a la inmigración, ya que esta puede resultar en la ruptura de familias, o su separación, debido a una infracción menor de uno de sus miembros. Este es un problema particularmente común en ciertos países, como Estados Unidos y Canadá, donde la legislación subsume conceptos tanto del artículo 1F como del artículo 33(2) de la Convención de 1951 en una sola etapa durante el proceso, lo cual permite el rechazo de solicitudes sin una consideración completa de sus méritos.⁶⁶ Los motivos de exclusión o inadmisibilidad deben interpretarse tan res-

63 Ver Gilbert, arriba, n. 36.

64 Comité Permanente, «Cuestiones de protección de la familia», arriba, n. 56, párrafo 9.

65 Un ejemplo dado fue el de una familia con un cónyuge excluible. El otro cónyuge, sin embargo, requería urgentemente de atención médica y de reasentamiento por razones de salud. En estas circunstancias, ¿ningún miembro de la familia debería ser reasentado, con graves consecuencias médicas para el cónyuge? o ¿debería la familia separarse, reasentando a toda la familia excepto al solicitante principal? o ¿debería reasentarse a toda la familia? Mensaje electrónico de una oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 6 de agosto de 2001.

66 Ver también la ponencia sobre la exclusión de G. Gilbert en el capítulo 7.1 de este volumen, sección IV. D, «La relación entre el artículo 1F y el artículo 33(2)». En Norteamérica, los términos «admisible» y «no excluible» se utilizan de manera intercambiable, mientras que en Europa los procedimientos de admisibilidad no involucran, al menos en teoría, una valoración substantiva de la solicitud, sino tan sólo si una solicitud será considerada a fondo en el país donde se ha presentado, o si otro Estado es responsable de hacerlo.

tringidamente como sea posible. Si se cree (erróneamente) que los delitos comunes menores exigen la exclusión o la declaración de inadmisibilidad, consideraciones humanitarias sugieren que el obstáculo a la entrada se elimine, al menos cuando daría como resultado la separación de familiares cercanos. Este es el caso cuando los motivos de inadmisibilidad guardan relación con documentos de viaje falsificados u otras infracciones migratorias, debido a la necesidad de los refugiados de recurrir a tales medios para huir de sus países y hallar protección. En vista de los crecientes esfuerzos de intercepción por varios países y el correspondiente incremento del tráfico ilícito de personas, se prevé que tales casos se volverán más numerosos y es probable que planteen retos más serios a los países de asilo y de reasentamiento en la búsqueda de soluciones duraderas.

4. *La expulsión y la unidad familiar*

Acerca de la deportación o la expulsión⁶⁷ de un miembro de una familia refugiada intacta ya en el país de asilo, deben sopesarse varios derechos y consideraciones que en su conjunto plantan una fuerte carga sobre el Estado que pretende separar a la familia. Si el familiar es un refugiado o de otro modo requiere protección internacional, existen las protecciones contra la devolución que se hallan en el derecho internacional y regional de tratados, así como también el derecho internacional consuetudinario.⁶⁸ Las limitaciones al poder del Estado de expulsar se encuentran en el artículo 32 de la Convención de 1951 y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mientras que en 1977 el Comité Ejecutivo del ACNUR expresó su preocupación por las graves consecuencias que puede tener la expulsión para los familiares.⁶⁹

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos afirmó recientemente que la propuesta de expulsión de Australia de los padres apátridas (anteriormente indonesios) de un ciudadano australiano de trece años de edad violaría varias disposiciones del Pacto Internacional, incluyendo la libertad de injerencias arbitrarias o ilegales contra la familia, el derecho de la familia a la protección del Estado y el derecho del menor a la protección sin discriminación.⁷⁰ El Comité señaló que Australia tiene el deber de garantizar que violaciones al Pacto en situaciones similares no ocurran en el futuro.⁷¹

67 El CDH ha dicho que el artículo 13 del PIDCP se aplica a todos los procedimientos orientados a la partida obligatoria de un extranjero, ya sea que se describan en la ley nacional como expulsión o de otro modo. CDH, Observación General n.º 15, arriba, n. 38, párrafo 9.

68 Ver, Lauterpacht y Bethlehem, arriba, n. 36.

69 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 7 (XXVIII), 1977, párrafo b.

70 CDH, *Winata y Li contra Australia*, Comunicación n.º 930/2000, documento de la ONU CCPR/C/72/D/930/2000, 16 de agosto de 2001, párrafo 8.

71 *Ibidem*, párrafo 9.

La máxima protección para las familias amenazadas con ser separadas debido a la deportación se halla en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta ordena en el artículo 9 que los estados «*velarán* por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] las autoridades competentes determinen [...] que tal separación es *necesaria en el interés superior del niño*» (énfasis añadido). La única excepción permitida, por consiguiente, es cuando la separación es menester para el interés superior del menor. En marcado contraste con el Pacto Internacional, que prohíbe sólo las interferencias «arbitrarias e ilegales» en la familia (artículo 17(1)) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos que admite diversas excepciones a la prohibición de la interferencia de la vida familiar (artículo 8 (2)), la Convención sobre los Derechos del Niño no reconoce un interés público que deba ser sopesado con la separación involuntaria de la familia. Como señala Abram:

Así, una autoridad estatal competente puede decidirse a deportar a uno de los padres de conformidad con el derecho nacional por razones cuidadosamente sopesadas y pertinentes, pero la separación del niño de los padres puede violar las obligaciones del Estado y el derecho del niño a la unidad familiar en virtud del artículo 9.⁷²

Además de la adhesión casi universal a la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado vinculante, el compromiso del Estado con la unidad familiar, como se expresa en el artículo 9, ha sido reiterado recientemente a nivel político por la Comisión sobre Derechos Humanos.⁷³

En el plano regional, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protege de la deportación o expulsión en ciertas circunstancias. No se ha dado todavía un fallo con arreglo al artículo 8 con respecto a un solicitante de asilo, ya que tales reclamos a menudo se deciden con base en el artículo 3 y no se ocupan de la cuestión de la injerencia en la vida familiar⁷⁴ pero se han presentado varios casos relativos a residentes de largo plazo e inmigrantes de segunda generación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos primero debe cerciorarse que existe una «vida privada y familiar» dentro del significado del artículo 8. La categoría de «familia» que puede reclamar protección es más amplia que la estipulada en la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que no necesariamente se requiere

72 Abram, arriba, n. 25, p. 418.

73 Comisión sobre Derechos Humanos, Resolución 2001/75 sobre los derechos del niño, documento de la ONU E/CN.4/2001/75, párrafo 11 (c). Comisión sobre Derechos Humanos, Resolución 2000/85 sobre los derechos del niño, documento de la ONU E/CN.4/2000/85, párrafo 15 (d).

74 Lambert, arriba, n.35, p. 448. Para análisis recientes de la jurisprudencia relativa al artículo B en el contexto de los refugiados, ver Lambert arriba, n. 35, así como también Apap y Sitaropoulos, arriba, n. 35 y Anderfuhren-Wayne, arriba, n. 35.

una relación entre padres e hijos menores de edad.⁷⁵ Las relaciones del mismo sexo también pueden protegerse, aunque bajo el rubro de la vida privada, en vez de la familiar.⁷⁶ El Tribunal luego determina si se ha interferido con el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Si es así, examinará si la injerencia puede justificarse como necesaria en una sociedad democrática conforme al artículo 8(2). La jurisprudencia del Tribunal reconoce un amplio margen de discreción del Estado al aplicar los términos de este artículo y ha declinado proporcionar criterios específicos. En cambio, las solicitudes se sopesan caso por caso.

El Tribunal distingue entre los extranjeros que intentan evitar la separación familiar como resultado de la expulsión y los extranjeros que intentan entrar para fines de reunión familiar. En los casos relativos a la expulsión de residentes de largo plazo, el Tribunal ha sopesado los derechos del individuo con los intereses de la comunidad en la etapa posterior para determinar si la remoción es «una necesidad en una sociedad democrática», en lugar de hacerlo en la anterior etapa para determinar si existen injerencias en el derecho al respeto de la vida familiar. Este enfoque pone una mayor carga de justificación sobre los estados, y el Tribunal ha tendido a ponerse del lado de los extranjeros que desean impedir la separación familiar.⁷⁷

C. La reunificación familiar

La reunificación familiar allende las fronteras es forjada, pero no enteramente definida, por el poder soberano del Estado de controlar la entrada de extranjeros. Al igual que con el derecho a la unidad familiar, ha habido un desarrollo progresivo en el derecho internacional de reunificación familiar en los últimos cincuenta años. Es ahora bien sabido que el Estado tiene la obligación de reunir a los familiares cercanos que no pueden disfrutar el derecho a la unidad familiar en otro sitio.

1. *La reunificación familiar en el derecho internacional*

Las disposiciones más detalladas sobre la reunificación familiar en el derecho internacional general se hallan en el derecho internacional humanitario. El Convenio

75 En el caso *Marckx contra Bélgica*, por ejemplo, se reconoció que los lazos entre familiares cercanos como los abuelos y sus nietos deben incluirse en la vida familiar, Serie A, n.º 31, 27 de abril de 1979.

76 *X. y Y. contra el Reino Unido*, Comisión Europea sobre Derechos Humanos, Solicitud n.º 9369/81, Decisión sobre Admisibilidad del 3 de mayo de 1983.

77 Por ejemplo, *Berrehab contra los Países Bajos*, Solicitud n.º 10730/84, fallo del 21 de junio de 1988; *Moustaquim contra Bélgica*, Solicitud n.º 12313/86, fallo del 25 de enero de 1991.

IV de Ginebra de 1949 presta bastante atención a los problemas de las «familias dispersadas a causa de la guerra».⁷⁸ Además de las disposiciones orientadas a mantener la unidad familiar durante el internamiento⁷⁹ o la evacuación,⁸⁰ el Cuarto Convenio de Ginebra dispone mecanismos como los mensajes familiares,⁸¹ la ubicación de familiares⁸² y el registro de niños⁸³ para permitir la comunicación familiar y «si es posible» la reunificación. Para la fecha del Protocolo adicional I en 1977, los estados estaban dispuestos a fortalecer sus responsabilidades hacia las familias separadas, aceptando la obligación de facilitar la reunificación familiar «en toda la medida de lo posible».⁸⁴

La reunificación familiar también figura en los Acuerdos de Helsinki de 1975, si bien en forma de principio, no de obligación. Las viejas tensiones de la Guerra Fría y las preocupaciones occidentales concernientes a las violaciones por el bloque soviético del derecho a salir del propio país alentaron el enlace entre la reunificación familiar y la libertad de movimiento hasta tal grado que en 1989 los estados que participaban en la reunión de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE) acordaron adjudicar las solicitudes de reunificación familiar, en la práctica normal, en un plazo de tres meses.⁸⁵ Tal celeridad sería bienvenida en el clima político actual.

2. *La reunificación familiar en el derecho internacional de los derechos humanos*

Como se señaló arriba, el Comité de Derechos Humanos ha hecho constar que los refugiados están incluidos en las disposiciones sobre protección familiar del Pacto Internacional, y que su derecho a la reunificación familiar puede dar lugar en algunas circunstancias a una obligación del Estado con mayor peso que su interés de controlar sus fronteras.⁸⁶ De acuerdo con la Convención sobre los trabajadores migratorios, que todavía no está en vigor, los estados «tomarán las medidas que es-

78 Convenio IV de Ginebra, 1949, arriba, n. 29, artículo 26. Ver también, Abram, arriba, n. 25, pp. 413-414; y S. Jaquet, *Refugiados en conflictos armados: Derecho internacional humanitario y protección de refugiados* (ACNUR, Ginebra, borrador, 1999), pp. 102-107.

79 Convenio IV de Ginebra, 1949, arriba, n. 29, artículo 82.

80 *Ibidem*, artículo 49.

81 *Ibidem*, artículo 25.

82 *Ibidem*, artículo 140.

83 *Ibidem*, artículo 50.

84 Protocolo I adicional, 1977, arriba, n. 29, artículo 74. Además de las disposiciones citadas previamente, ver también Protocolo II, 1977, arriba, n. 29, artículo 4(3) (b).

85 Abram, arriba, n. 25, pp. 414-15.

86 CDH, Observación General n.º 19, arriba, n. 23, párrafo 5.

timen apropiadas» para facilitar la reunificación.⁸⁷ El margen relativamente amplio de discrecionalidad retenida por el Estado en el caso de los trabajadores migratorio quizá no es de sorprender, ya que los estados puede pretender justificadamente que regresen a sus países de origen si tienen el deseo de reunirse, aunque en la práctica pueden enfrentar numerosos obstáculos para lograrlo.

La médula del derecho a la reunificación familiar en el derecho internacional de los derechos humanos se halla en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 10(1) codifica el derecho a la reunificación familiar para hijos menores y sus padres como sigue:

De conformidad con la obligación que incumbe a los estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva [...].

Varios elementos de esta disposición son dignos de atención.⁸⁸ Primero, el enlace explícito al artículo 9 de la Convención significa que la obligación allí impuesta de asegurar la unidad de las familias dentro del Estado también determina la acción del Estado con respecto a las familias divididas por sus fronteras. En segundo lugar, mientras la obligación de permitir la partida recurre al sólido derecho a dejar cualquier país, uno de los logros de la Convención es el reconocimiento de sentido común del corolario de la partida: que la reunificación familiar puede requerir un deber correspondiente de permitir la entrada. En tercer lugar, los niños y los padres tienen igual estatus en un derecho mutuo; cualquiera de ellos tiene derecho a unirse a los otros. Los menores no acompañados o separados deben poder disfrutar de la reunificación con sus familias en el país donde han encontrado asilo si ello responde a su interés superior. Tampoco basta con que el niño esté con un solo progenitor en una familia previamente intacta; el derecho se refiere a estar con ambos padres.

87 La Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, arriba, n. 30, artículo 44, dice:

2. Los estados partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

3. Los estados de empleo, por razones humanitarias, considerarán favorablemente conceder un trato igual al previsto en el párrafo 2 del presente artículo a otros familiares de los trabajadores migratorios.

88 Para un análisis más a fondo de la CDN, ver Abram, arriba, n. 25, pp. 421-425.

Finalmente, la obligación de los estados de ocuparse de las peticiones de reunificación familiar en forma «positiva» implica efectivamente la necesidad de acción *afirmativa*. Esta formulación es bastante más fuerte que el lenguaje usado comúnmente para permitir un alto grado de discreción del Estado, como «considerar favorablemente», «tomar medidas apropiadas», o «de conformidad con las leyes nacionales». La única limitación permitida es la misma del artículo 9(1): si la reunificación no estaría en el interés superior del niño, o si la reunificación ocurriera en otro país. Mientras el artículo 10 no ordena expresamente que se aprueben las solicitudes de reunificación, claramente contempla que hay al menos una presunción a favor de su aprobación.⁸⁹ Aunque Anderfuhren-Wayne afirma que los estados disfrutaban de «amplia discreción» de conformidad con el artículo 10⁹⁰ no dice cuál sería la base para esa discreción; van Krieken reconoce que el artículo 10 no «deja mucho espacio para la maquinación y la manipulación».⁹¹

Los estados no pueden conservar leyes o prácticas generalmente restrictivas concernientes a la entrada de extranjeros para fines de reunificación sin violar la Convención sobre los Derechos del Niño. Como indica Abram:

Un Estado no puede como una cuestión de derecho o de política determinar que la reunificación familiar para una categoría de familias divididas tomará lugar en alguna otra parte del mundo y que la unidad familiar será respetada con sólo conducir a los padres o hijos al aeropuerto. No hay observación verdadera de un derecho si ese derecho no se puede disfrutar excepto en el extranjero. Los estados normalmente no tienen el poder de velar por el acatamiento de un derecho fuera de su jurisdicción. La política de denegar la mayoría de las peticiones de cualquier categoría de personas para entrar en un país con propósitos de reunificación familiar, excepto en condiciones restrictivas o circunstancias excepcionales, viola la Convención.⁹²

El que un reducido número de estados haya presentado reservas a la disposición sobre la reunificación confirma que la Convención impone de hecho un deber general de consentir la entrada para fines de reunificación familiar.⁹³ Anderfuhren-Wayne observa que la práctica estatal no es uniforme, aunque las vedas a la reunificación deben verse más exactamente como violaciones del derecho, no

89 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31(1).

90 Anderfuhren-Wayne, arriba, n. 35, p. 351.

91 Van Krieken, 2001, arriba, n. 35, p. 123.

92 Abram, arriba, n. 25, pp. 423-4.

93 Abram, arriba, n. 25, p. 424; Goodwin-Gill, arriba, n. 39, p. 103. Unos ocho estados han presentado reservas que pueden afectar la aplicación del artículo 10, entre ellos, quienes no están cubiertos por la jurisprudencia sobre reunificación familiar del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son Japón y Nueva Zelanda.

como indicios de que no existe tal derecho.⁹⁴ Ciertamente son tratadas como tales por el Comité sobre los Derechos del Niño. El Comité, en efecto, ha empleado un lenguaje casi perentorio en este sentido, recomendando por ejemplo que Australia introduzca legislación y reformas a las políticas «para *garantizar* que los hijos de los solicitantes de asilo y los refugiados *sean* reunificados con sus padres de manera presurosa».⁹⁵

Finalmente, al igual que con el derecho a la unidad familiar, los estudiosos están generalmente de acuerdo en que hoy existe un derecho dentro del derecho internacional a la reunificación familiar.⁹⁶ También se ha señalado como un corolario obvio del derecho a la unidad familiar⁹⁷ y el derecho a formar una familia,⁹⁸ y se ha vinculado a la libertad de movimiento.⁹⁹ Aunque puede haber formas diferentes de describir los antecedentes del derecho, también debe notarse a nivel práctico que para muchos observadores los instrumentos existentes brindan un marco legal adecuado y apropiado, al menos para la reunificación de los menores no acompañados o separados y sus padres. El problema, desde su punto de vista, no radica en la ausencia de normas internacionales, sino más bien en su aplicación.¹⁰⁰

Los pocos que ven el derecho como algo todavía en desarrollo no ha presentado un argumento persuasivo o actualizado para refutar el significado de la Convención sobre los Derechos del Niño. Anderfuhren-Wayne, por ejemplo, en un escrito de 1996 notó la importancia de los derechos de reunificación y la necesidad de disposiciones internacionales más específicas con respecto a estos, pero sólo cita un informe de 1988 que precedió a la adopción de la Convención.¹⁰¹ En la opinión de van Krieken, el concepto de la reunificación «en el momento se está codificando

94 Anderfuhren-Wayne, arriba, n. 35, pp. 351-352.

95 Comité sobre los Derechos del Niño, Observación Final sobre Australia, documento de la ONU CDN/C/15/Add.79, 10 de octubre de 1997, párrafo 30.

96 Además de Abram, arriba, n. 25, ver por ejemplo, Apap y Sitaropoulos, arriba, n. 35, sección 2: «Un derecho expreso sobre la reunificación familiar se consagra excepcionalmente en el artículo 10.1 de la CDN». Ver también, R. Perruchoud, «Family Reunification», 27(4) *International Migration*, 1989, p. 519. Ver también el Resumen de las Conclusiones de la mesa redonda de expertos, analizadas en la parte final de esta ponencia.

97 Ver por ejemplo, CDH, Observación General n.º 15, arriba, n. 38, párrafo 5. Ver también, Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 24 (XXXII), 1981, párrafo 1: «En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunificar a las familias separadas de refugiados».

98 CDH, sesión 39, 1990, Observación General n.º 19, arriba, n. 23, párrafo 5. Ver también, mesa redonda XIII sobre los problemas actuales en el derecho internacional humanitario, Conclusiones sobre reunificación familiar, Instituto Internacional de Derecho Humanitario, 1988, párrafo 2.

99 Ver Abram, arriba, n. 25, p. 415.

100 C. Petty, «Family Tracing and Reunification – Safeguarding Rights and Implementing the Law», 4 *International Journal of Children's Rights*, 1996, p. 174, refiriéndose en particular a la falta de sanciones para la ejecución.

101 Anderfuhren-Wayne, arriba, n. 35, p. 351 y n. 19.

lentamente». ¹⁰² Su artículo de 2001, sin embargo, como él mismo señala, se basa en otro que escribió en 1995 y es con frecuencia idéntico a este, ¹⁰³ que a su vez reconoce que se basa en una ponencia de 1993. ¹⁰⁴

Su objeción principal parece ser el fracaso de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 en acordar un lenguaje manifiesto sobre el «derecho a la reunificación familiar» y en cambio su decisión de emplear la enunciación «consistente con el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño y todos los demás instrumentos de derechos humanos pertinentes e internacionalmente reconocidos». ¹⁰⁵ Esto sugiere, sin embargo, que si la Convención sobre los Derechos del Niño estableció el derecho a la reunificación familiar, la Conferencia lo ratificó. La declaración no vinculante de una conferencia internacional, en todo caso, no puede modificar las disposiciones obligatorias de un tratado internacional.

3. *La reunificación familiar y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Como se señala en la sección IV. B.4 de esta ponencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos distingue entre la separación familiar a través del traslado y la reunificación familiar a través de la entrada, y aplica un enfoque más restrictivo de la última. ¹⁰⁶ En casos que involucran a extranjeros que procuran la entrada para reunirse con miembros de la familia, el Tribunal sopesa los derechos del individuo con los intereses de la comunidad durante la etapa preliminar, cuando se determina si hay una interferencia con el derecho a respetar la vida familiar. Para evaluar la interferencia, el Tribunal examina si existen obstáculos para tener una vida familiar normal en otro lugar, usualmente el país de origen. En el caso de los solicitantes de asilo, no puede suponerse la posibilidad de conducir una vida normal en el país de origen.

El Tribunal ha tendido a defender las negativas del Estado a consentir la entrada, ¹⁰⁷ incluso en *Gül contra Suiza*, concerniente al hijo del poseedor de un permiso humanitario temporal. ¹⁰⁸ Aunque *Gül* es decepcionante, debe limitarse a

102 Van Krieken, arriba, n. 35, p. 120 y van Krieken, arriba, n. 48, p. 52.

103 Van Krieken, arriba, n. 35, p. 128 y n. acompañante 23.

104 Van Krieken, arriba, n. 48, p. 52 y n. acompañante 5.

105 Van Krieken, arriba, n. 35, p. 129; y van Krieken, arriba, n. 48, p. 61.

106 Aunque, como señala Lambert, arriba, n. 35, p. 442, es lamentable que el Tribunal no haya dicho por qué establece tal distinción. Cualquier negativa a consentir la entrada, especialmente de un niño, sugiere fuertemente que el padre tendrá que regresar al país de origen si ha de lograrse la unidad familiar.

107 Ver por ejemplo, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido*, n.º 9214/80, 9473/81, y 9474/81 (cónyuges procurando la entrada), 28 de mayo de 1985.

108 *Gül contra Suiza*, Solicitud n.º 53/1995/559/645, 19 de febrero de 1996.

sus hechos. El Tribunal pareció persuadido de que el Sr. Gül, quien había retirado su solicitud de asilo como requisito para el trámite de los permisos humanitarios otorgados a él y su esposa, no corría de hecho ningún tipo de riesgo en Turquía y de hecho había visitado a sus hijos allí en varias ocasiones, una de ellas comprobada mediante un artículo en un periódico local.¹⁰⁹ La importancia de *Gül*, de *Ahmut contra Los Países Bajos* y de *Sen*¹¹⁰ radica más bien en el análisis del Tribunal de la posibilidad de la vida familiar «en otro sitio», lo cual abre un portillo para los refugiados y otras personas en necesidad de protección internacional que procuran la reunión familiar, ya que no pueden regresar a su país de origen.

D. El derecho a la reunificación familiar en el contexto de los refugiados

El reconocimiento como refugiado da lugar a una razón *prima facie* para admitir a los familiares cercanos del refugiado al país de asilo. La reunificación en un país de asilo es la única forma de asegurar el derecho a la unidad familiar de los refugiados, quienes por definición no pueden regresar a su país de origen. A pesar de los problemas con la implementación de este derecho, es generalmente aceptado en la práctica del Estado.¹¹¹ Como se indicó anteriormente con respecto al derecho a la unidad familiar, no hay referencia específica a la reunificación familiar en la Convención de 1951.¹¹² El derecho proviene de la interacción de la Convención de 1951 con otras normas.

Existen, además, algunos principios de reunificación familiar aplicables específicamente a quien necesita protección internacional, codificados en convenciones sobre los derechos de los niños,¹¹³ en instrumentos regionales de protección en

109 Ver Consejo de Europa, «Asylum and the European Convention on Human Rights», *Human Rights Files* n.º 9 (revisado), 2000, p. 49.

110 Ver arriba, n. 108; *Ahmut contra Los Países Bajos*, Solicitud n.º 73/1995/579/665 (niño menor tratando de unirse a padre con doble nacionalidad, holandesa y marroquí), 23 de noviembre de 1996; *Sen contra Los Países Bajos*, Solicitud n.º 31465/96 (permitir la entrada de hija nacida en Turquía para unirse a padres y hermanos residiendo legalmente en los Países Bajos), 21 de diciembre de 2001.

111 Lambert, arriba, n. 35, p. 449.

112 Aunque, si la reunificación no se permitiera en absoluto, podría argumentarse que ello sería una violación del artículo 12 de la Convención de 1951.

113 La CDN, artículo 22(2), dispone sobre el menor refugiado que «los estados partes cooperarán [...] en todos los esfuerzos [...] por] localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia». La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, arriba, n. 28, artículo XXIII (2), dispone: «Los estados partes se comprometerán a cooperar con las organizaciones internacionales existentes que protegen y asisten a los refugiados en sus esfuerzos por proteger y ayudar a tal niño y a localizar a los padres u otros familiares cercanos de un niño refugiado no acompañado para obtener la información necesaria para la reunificación con la familia» [*Traducción no oficial*].

Europa y América Central¹¹⁴ y en disposiciones referentes a los desplazados internos.¹¹⁵ El Comité Ejecutivo del ACNUR también se ha ocupado del tema de la reunificación familiar de los refugiados en varias ocasiones.¹¹⁶

E. Los familiares cercanos y la familia extendida: el alcance del derecho

1. *Los grados de parentesco*

La existencia de una familia es una cuestión de hecho, que debe determinarse caso por caso. No hay una definición única internacionalmente aceptada de familia, y el derecho internacional reconoce una variedad de fórmulas.¹¹⁷ Ciertamente la familia «nuclear» es la más ampliamente aceptada para fines de unidad y reunificación fa-

114 Directiva 2001/55/EC del Consejo de la Unión Europea, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DO 2001 L212/12, 7 de agosto de 2001 (en adelante, «Directiva de Protección Temporal»), artículo 15. El Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación n.º R(2001) 18, 27 de noviembre de 2001, sobre la protección subsidiaria, párrafo 6, y el Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación n.º R(2000) 9, 3 de mayo de 2000, sobre la protección temporal, párrafo 4, se refieren a Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación R(99) 23, 15 de diciembre de 1999, sobre la reunión familiar de los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1327 (1997), 24 abril de 1997, sobre la protección y el fortalecimiento de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en Europa, párrafo 8.vii (o)-(q). La Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984, Conclusión III (13), insta a:

Reconocer que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados, el cual debe inspirar el régimen de tratamiento humanitario en el país de asilo y de la misma manera las facilidades que se otorguen en los casos de repatriación voluntaria.

115 Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, arriba, n. 28, artículo XXV (2) (b), dispone: «Los estados partes [...] tomarán todas las medidas necesarias para localizar y reunir a los niños con sus padres o familiares cuando la separación se deba al desplazamiento interno y externo surgido de conflictos armados o desastres naturales» [*Traducción no oficial*]. «Principios Rectores sobre el Desplazamiento Interno», presentado a la Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos, 1998, Principio 17(3).

116 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 1 (XXVI), 1975, párrafo f; n.º 9 (XXVIII), 1977; n.º 24 (XXXII), 1981; n.º 84 (XLVIII), 1997; n.º 85 (XLIX), 1998, párrafos u-x; n.º 88 (L), 1999. Ver también, ACNUR, *Manual*, arriba, n. 58, párrafo 186.

117 Ver por ejemplo, CDH, Observación General n.º 28, arriba, n. 31, párrafo 27; CDH, Observación General n.º 19, arriba, n. 23, párrafo 2; CDH, Observación General n.º 16, arriba, n. 61, párrafo 5. Ver también, Apap y Sitaropoulos, arriba, n. 35, sección 1, y más generalmente, G. van Bueren, «The International Protection of Family Members' Rights as the 21st Century Approaches», 17(4) *Human Rights Quarterly*, 1995, pp. 733-740.

miliar.¹¹⁸ En el contexto europeo, la propuesta modificada de la Comisión Europea para una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar también incluiría a los compañeros no casados que tienen una relación duradera con él o la solicitante, si la legislación del Estado miembro en cuestión trata tal relación como si correspondiera a la de las parejas casadas.¹¹⁹

A pesar de este acuerdo generalizado, es importante estar conscientes del impacto de las diferencias culturales con respecto a, por ejemplo, lo que constituye un matrimonio auténtico. Algunas solicitudes de reunificación entre esposos separados se basa en un matrimonio efectuado mediante un poder entre un refugiado en un país de reasentamiento y alguien que vive en el país de asilo, o un matrimonio celebrado unos cuantos días antes de la partida de uno de los esposos a un país de reasentamiento. Las autoridades en los países de reasentamiento pueden ver estas uniones como intentos de evadir los criterios de reasentamiento, y quizá también como uniones abusivas, en el caso de bodas concertadas, aunque tales matrimonios pueden representar la costumbre y práctica normal en el país de origen.¹²⁰

Más allá de los miembros nucleares de la familia refugiada, hay gran variación en el trato otorgado en la esfera más amplia de las relaciones familiares. El Comité Ejecutivo ha demostrado una voluntad de los estados por promover «criterios liberales», con miras a «la reunificación integral de la familia».¹²¹ Hay también bastante apoyo en el entorno europeo para una aceptación más amplia de otros familiares, incluyendo los adultos mayores, las personas con enfermedades o discapacidades, y otras personas a cargo.¹²² A nivel nacional, un tribunal ruso recientemente desesti-

118 Ver por ejemplo, Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación sobre la reunión familiar de los refugiados, arriba, n. 114, párrafo 2. Ver también, Lambert, arriba, n. 35, p. 430; van Krieken, arriba, n. 35, p. 122; y A. Hurwitz, «The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment», 11(4) *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 653.

119 Comisión de las Comunidades Europeas, «Propuesta modificada para una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar», Bruselas, COM (2000) 624 final, 1999/0258 (CNS), 10 de octubre de 2000, artículo 5.1 (a).

120 Hay muchos casos por el estilo. Aunque consciente de la posibilidad implícita de que tales matrimonios se realicen con la intención exclusiva de lograr el reasentamiento, el ACNUR reconoce estos matrimonios como legalmente vinculantes mientras se ajusten al derecho civil pertinente. Debe recordarse que los matrimonios entre algunas comunidades de refugiados, los kurdos por ejemplo, son contratos entre familias que han sido cuidadosamente sopesados en lo que se refiere a los intereses de cada familia y no son asuntos privados entre dos personas. No es raro que los esposos no hayan consumado su matrimonio hasta que el «matrimonio tribal» se haya realizado, algunas veces bastante después de firmado el documento legalmente vinculante ante el tribunal. Mensaje electrónico de oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 22 julio de 2001.

121 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 88 (L), 1999, párrafo b (ii).

122 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1327 (1997), arriba, n. 114, párrafo 8.vii (o); Comisión Europea, Propuesta modificada para una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar, COM (2000) 624 final, 10 de octubre de 2000, artículo 5.1 (d)-(e). Para la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver Lambert, arriba, n. 35, pp. 435-436.

mó la negativa de la condición de refugiado a la hermana, mayor de edad y soltera, a cargo de un refugiado, refiriéndose específicamente a la situación de las mujeres solas y al concepto de familia extendida en el país de origen del refugiado.¹²³ En Canadá, los prometidos, los padres y los abuelos pueden caer dentro de la categoría familiar, aunque con criterios más estrictos que para la familia inmediata, pero no así los hermanos, los primos o los tíos. Las prioridades en el procesamiento del programa estadounidense de reasentamiento de refugiados incluyen a los padres, los esposos y los hijos solteros en la prioridad familiar más alta (la prioridad tres), pero sólo seis nacionalidades fueron elegibles para ser consideradas en esta categoría en el año fiscal 2001. Las prioridades inferiores de procesamiento incluyen a familiares más distantes como los abuelos, los hermanos y los tíos, pero no han estado disponibles para ninguna nacionalidad durante varios años. La condición derivada sólo está abierta para los esposos y los hijos menores solteros. En la práctica, sin embargo, los miembros a cargo de familias extendidas pueden ser considerados dentro de lo que se conoce como la designación p-3 (la prioridad tres). Los refugiados que se convierten en residentes permanentes legales o ciudadanos pueden plantear una solicitud para financiar la inmigración de familiares más distantes, aunque los períodos de espera para los familiares extendidos pueden ser muy largos.¹²⁴

Los estados de asilo o reasentamiento bien pueden sentirse justificados al dar mayor énfasis a sus preocupaciones sobre la migración que a las inquietudes humanitarias cuando se trata de familiares más «distantes», pero el peso relativo asignado a estas preocupaciones no es inevitable, ni está necesariamente basado en premisas correctas. Se ha sugerido, por ejemplo, que conforme los países se desarrollan, sus estructuras familiares se desplazan hacia la norma occidental, donde los hijos adultos no son responsables de sus padres, por lo que quienes conciben las políticas no deben basar sus decisiones en un concepto anticuado de relativismo cultural favorable a la familia extendida.¹²⁵ Mientras es verdad que las sociedades tradicionales cambian, es también importante reconocer que la vida familiar en cada región del mundo evoluciona en respuesta a nuevos retos y posibilidades, como el creciente número de niños huérfanos por el sida o el conflicto armado, la escasez de tierra y vivienda, la mayor incidencia del divorcio, la mayor aceptación social y legal de las uniones del mismo sexo, los avances en la tecnología reproductiva y la creciente movilidad dentro de los estados y entre ellos.¹²⁶

123 *S. A. K. contra Moscú y Departamento de Control de Inmigración de la Región de Moscú*, Caso Civil n.º 2-3688, Distrito Administrativo Central de Moscú, Corte Municipal de Zamoskvoretsky, 10 de mayo de 2001.

124 E.A. Dewey, subsecretario de Estado para Población, Refugiados y Migración, Departamento de Estado de Estados Unidos, en respuesta a una pregunta tras brindar testimonio ante el Subcomité de Inmigración, Comité Judicial del Senado de Estados Unidos, 12 de febrero de 2002.

125 Van Krieken, arriba, n. 35, p. 118.

126 Apap y Sitaropoulos, arriba, n. 35, sección 1; Anderfuhren-Wayne, arriba, n. 35, p. 360.

Dada la gama de variaciones sobre el concepto de familia, se requiere un enfoque flexible.¹²⁷ En opinión del ACNUR, los estados deben adoptar una interpretación pragmática de la familia, reconociendo factores económicos y emocionales de dependencia, así como también variaciones culturales. Debe entenderse que las familias incluyen a los esposos; a aquellos en un matrimonio de hecho; a quienes cohabitan desde hace mucho, incluyendo a las parejas del mismo sexo; y a los menores hasta al menos los dieciocho años.¹²⁸ De ningún modo debe permitirse que menores de edad pierdan la elegibilidad por el paso del tiempo. La edad pertinente debe determinarse por la fecha en que el familiar patrocinador obtuvo su condición, no el tiempo en que se presentó o adjudicó la solicitud de reunificación. En las circunstancias apropiadas, deberá reunirse también a familiares como los hijos solteros dependientes de cualquier edad, los familiares a cargo en línea ascendente, otros familiares a cargo y otros miembros del hogar a cargo, como los hijos adoptivos y los prometidos.¹²⁹

2. *La dependencia*

Un útil factor taxativo, reconocido por muchos estados al determinar si los familiares más distantes deben reunirse, es la dependencia. Aunque no hay una definición internacionalmente convenida del término, la definición operativa del ACNUR es esta: una persona dependiente es alguien que cuenta para su existencia, sustancial y directamente, de otra persona, en particular por razones económicas, aunque también se debe tomar en consideración la dependencia emocional.¹³⁰ Enviar remesas de dinero al país de origen podría referirse a la dependencia financiera en algunos casos, pero evidentemente no bastará para reemplazar el aspecto emocional y práctico de la relación familiar. El principio de la dependencia reconoce que, en la mayoría de los casos, la familia está compuesta por más que sus miembros nucleares.¹³¹ Debe notarse que en muchas culturas la gente joven mayor de edad, particularmente las mujeres jóvenes, son consideradas parte del núcleo familiar mientras no se hayan casado. Los padres adultos mayores son también considerados parte de la familia inmediata en muchas sociedades, y es un deber de sus hijos protegerlos y cuidarlos.¹³²

127 ACNUR, «Nota de antecedentes», arriba, n. 5, párrafo 14.

128 El Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación Rec(2002)4, 26 de marzo de 2002, define a un niño como alguien menor de dieciocho años a menos que, de acuerdo con la ley aplicable al niño, la mayoría de edad se alcance antes.

129 ACNUR, División de la Protección Internacional, *Manual de reasentamiento* (edición revisada, Ginebra, abril de 1998), capítulo 4.6.7 (b).

130 *Ibidem*, capítulo 4.6.5.

131 *Ibidem*, capítulo 4.6.5.

132 Ver por ejemplo, Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, arriba n. 28, artículo XXXI: «El niño [...] tendrá el deber de trabajar por la cohesión de la familia, respetar a sus padres, sus superiores y sus mayores en todo momento y de ayudarles en caso de necesidad [...]» [*Traducción no oficial*]. La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de

3. *Los lazos de afecto o de apoyo mutuo*

Es probable que las familias de refugiados, más que muchas otras, estén compuestas por los vestigios de varias familias convencionales. Mientras algunos sostendrán que, para propósitos de reunificación, sólo debe reconocerse a la familia como existió antes de la partida, la realidad es que muy a menudo surgen familias nuevas como resultado de la experiencia de asilo. El trauma de la persecución y la huida, la prolongación de la separación familiar y las demandas de la vida en el exilio crean a muchas familias de elección o circunstancia. No debe asumirse que estos agrupamientos existen sólo por conveniencia o tan sólo para fines migratorios. El derecho internacional humanitario reconoce que una familia consta de aquellos que se consideran a sí mismos, y son considerados por los demás, parte de la familia y desean vivir juntos.¹³³ Los lazos económicos y emocionales deben recibir el mismo peso en la reunificación que las relaciones basadas en los lazos de sangre o las uniones legalmente certificadas.¹³⁴

F. La unidad y reunificación familiar para los refugiados de la Convención de 1951 y para otros necesitados de protección: ¿Dónde y cuándo?

El derecho a la unidad y la reunificación familiar es universalmente aplicable. Como ya se observó anteriormente, el reconocimiento formal de la unidad familiar en el contexto de los refugiados está arraigado en el Acta Final de la Convención de Plenipotenciarios que adoptó la Convención de 1951.¹³⁵ Ya que el derecho proviene del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, no depende de la condición formal de quienes lo buscan.¹³⁶ La pregunta, luego, no es

los Pueblos, arriba, n. 22, artículo 18(4): «Los ancianos y los minusválidos también tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales» y artículo 29(1): «El individuo también tendrá el deber de: [...] Preservar el desarrollo armonioso de la familia y de fomentar el respeto y la cohesión de esta; de respetar a sus padres en todo momento y de mantenerlos en caso de necesidad». CADH, arriba, n. 22, artículo 32: «Toda persona tiene deberes para con la familia [...]». La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Resolución de la OEA XXX, artículo XXX: «Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten».

133 *Commentary to the Additional Protocols*, citado en Secretariat of the Inter-Governmental Consultations, *Report on Family Reunification*, arriba, n. 17, p. 357.

134 ACNUR, «Nota de antecedentes», arriba, n. 5, párrafo 1 (c).

135 Ver sección I y, para el texto completo de la Recomendación B del Acta Final, ver n. 42.

136 CDN, artículos 2 y 22; CDH, Observación General n.º 15, arriba, n. 38, párrafo 1. Las disposiciones relativas al derecho humanitario requieren la existencia de un conflicto armado antes de que sean aplicables.

si el derecho a la unidad y la reunificación familiar es aplicable a categorías diversas de personas, sino cuál Estado o estados deben actuar para garantizar ese derecho. El análisis que sigue se organiza por categoría de solicitante para facilitar el análisis, no porque exista ninguna jerarquía con respecto al derecho.

1. *Los refugiados de la Convención de 1951*

Los refugiados reconocidos de conformidad con la Convención de 1951 están usualmente en la posición más ventajosa con respecto a la unidad o la reunificación familiar, incluso por la variación en el trato descrita más adelante. Ya que la reunificación no puede ocurrir en el país de origen, el país de asilo debe hacer efectivo el derecho, al menos para los familiares cercanos.

2. *Los refugiados según la Organización de la Unidad Africana (OUA) y Cartagena*

La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) que Regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África¹³⁷ no hace referencia específica a la unidad o la reunificación familiar. El corpus del derecho africano de derechos humanos, sin embargo, es una fuente sustanciosa de derechos familiares, incluyendo la única convención regional sobre los derechos del niño.¹³⁸ Con respecto a la unidad familiar, las situaciones de afluencia masiva contempladas en la Convención de refugiados de la OUA generalmente no implican la determinación individual de la condición, porque las circunstancias objetivas en el país de origen hacen evidente la necesidad de protección o porque el país de asilo no puede realizar tal examen debido al gran número de personas involucradas. Por consiguiente, no deberían existir problemas con respecto a la condición derivada u otro estatuto. Todos los familiares, ya sea conjunta o separadamente, deben ser, y en el curso normal son, reconocidos *prima facie*.

La reunificación puede complicarse cuando el miembro de una familia se reconoce como refugiado *prima facie* en un país, mientras otro pariente escapa a un país de asilo que no utiliza una definición del tipo de la OUA y no se lo reconoce como refugiado. Si el país con la definición más ampliada de refugiado no tiene prevista la reunificación familiar, puede no haber posibilidad de reunificación en el país con la definición menos inclusiva, ya que ese miembro de la familia puede ser considerado sólo un solicitante de asilo o el beneficiario de una forma subsidiaria de protección.

137 Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) que Regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, 1001 UNTS 3.

138 Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, arriba, n. 22; Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, arriba, n. 28.

Como la Convención de la OUA, la Declaración de Cartagena de 1984¹³⁹ guía a los países en su respuesta a las afluencias masivas, cuando la condición de refugiado se reconoce en forma grupal. La Declaración de Cartagena admite específicamente la reunificación familiar como un principio básico que debe ser la base para el trato humanitario en el país de asilo.

3. *Las formas complementarias de protección*

La protección complementaria se refiere a los tipos diversos de condiciones otorgadas a personas cuyas solicitudes han sido denegadas conforme a la Convención de 1951 después de una determinación individual, pero no obstante requieren de protección internacional, por ejemplo en virtud del artículo 3 de la Convención contra la tortura, o de acuerdo con la definición de la OUA o Cartagena en África o América Central.¹⁴⁰ Los estándares de trato varían, pero los beneficiarios de la protección complementaria tienen derecho al respeto de sus derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la unidad y la reunificación familiar. La justificación para la reunificación familiar de los refugiados en un país de asilo se deriva de la situación del refugiado de no poder regresar a su lugar de origen, y no del texto de la Convención de 1951 en sí. Las personas en una situación análoga de incapacidad de regresar a su lugar de origen deben beneficiarse de la misma aplicación del derecho en el país de asilo.

Varios países extienden derechos de reunificación familiar a los beneficiarios de la protección complementaria. El Comité de ministros del Consejo de Europa específicamente recomienda que se apliquen las disposiciones de unidad familiar referentes a los refugiados,¹⁴¹ pero otros países todavía no han consagrado el derecho a la reunificación. Estados Unidos, por ejemplo, no prevé la reunificación familiar de personas amparadas por la Convención contra la tortura.¹⁴² Esto es problemático, sobre todo porque el regreso no puede contemplarse como una solución duradera para una persona en riesgo de tortura. Igualmente, es una preocupación que a algunos refugiados de la Convención de 1951 se les otorgue erróneamente protección complementaria en países donde hay una amplia desigualdad en las posibilidades de reunificación familiar entre las dos categorías.¹⁴³

139 Declaración de Cartagena sobre Refugiados, arriba, n. 114.

140 ACNUR, «Formas complementarias de protección», documento de la ONU EC/GC/O1/18, 4 de septiembre de 2001. ACNUR, «Formas complementarias de protección: su naturaleza y la relación con el régimen de protección internacional», documento de la ONU EC/50/SC/CRP.18, 9 de junio de 2000.

141 Consejo de Europa, Comité de ministros sobre protección subsidiaria, arriba, n. 114, párrafo 6.

142 *Pub. L.* 105-277, 112 *Stat.* 2681-822, de octubre de 1998.

143 Van Krieken, arriba, n. 48, pp. 61-2.

4. *Las respuestas a las afluencias masivas*

El derecho a la unidad familiar tiene aplicación en las situaciones de afluencia masiva. Tales situaciones plantean a las autoridades estatales el reto de preservar la unidad familiar en medio de acontecimientos caóticos y aterradores. Dado el predominio de la separación familiar en situaciones de afluencia masiva, mantener juntos a los familiares o reunirlos plantea problemas prácticos enormes.¹⁴⁴ Ya sea en un campamento para refugiados o en una situación de asentamiento espontáneo en áreas rurales o urbanas, debe permitirse que los miembros de una familia, muy ampliamente definida, permanezcan juntos, y ha de ayudárseles a localizarse mutuamente.

Un registro diseñado para identificar a las familias separadas,¹⁴⁵ para facilitar la localización, la asistencia en la comunicación y el transporte, así como otras medidas similares, puede ayudar a los familiares dentro de una gran población de refugiados a restablecer su grupo familiar. Se debe actuar lo más pronto posible, porque las perspectivas de reunificación disminuyen conforme pasan los días. En los campamentos para refugiados albaneses de Kosovo en la antigua República Yugoslava de Macedonia, un centro telefónico permitió a los refugiados tratar de establecer la ubicación de sus familiares perdidos. En Ruanda, rutas especiales de autobuses permitieron a los padres retornados visitar centros para menores no acompañados o separados en busca de sus hijos. Cuando un asentamiento de refugiados debe trasladarse (lejos de una región fronteriza volátil, por ejemplo) o consolidarse conforme disminuyen las poblaciones de los campamentos, debe actuarse con cautela para asegurar que todos los miembros de un grupo familiar se puedan trasladar conjuntamente. Particularmente en situaciones de afluencia masiva, quienes trabajar para mantener o restaurar la unidad familiar deben sacar el máximo provecho de los esfuerzos de autoayuda de los mismos refugiados.

Los niños separados o no acompañados requieren de especial atención para poder reunirse cuanto antes con sus padres o tutores y sus hermanos.¹⁴⁶ Los esfuerzos

144 En relación con el éxodo de Ruanda, ver por ejemplo, Comité Internacional de la Cruz Roja, ACNUR, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Medialuna Roja (FICR), «Declaración conjunta sobre la evacuación de niños no acompañados de Ruanda», 27 junio de 1994; M. Merkelbach, «Reunión de niños con sus familias tras la crisis de Ruanda de 1994: el valor de la base de datos centralizada», 82 Revista Internacional de la Cruz Roja, 2000, pp. 351-366; Petty, arriba, n. 100, pp. 165-176.

145 ACNUR, «Aspectos prácticos de la protección física y jurídica en materia de registro», documento de la ONU EC/GC/01/6*, 19 de febrero de 2001. El Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 91 (LII), 2001, párrafo a, también reconoce «la importancia del registro como instrumento de protección, incluida [...] la reunificación de las familias de refugiados y la identificación de los que necesitan asistencia especial [...]».

146 ACNUR, *Los niños refugiados*, arriba, n. 15, capítulo 10.

de localización deben empezar tan pronto se identifique a un menor separado o no acompañado, mediante la comparación de los registros tanto sobre menores separados o no acompañados como de padres cuyos hijos están perdidos, y a través de una investigación activa de la experiencia del menor y su identidad. Mientras proceden los intentos por localizar a la familia del menor, deben concluirse arreglos para su cuidado por parte de familiares más distantes o familias adoptivas, y estos arreglos deben supervisarse cuidadosamente desde la perspectiva de la protección, así como del interés superior del niño.

La mayoría de los niños separados o no acompañados de hecho tienen padres u otros familiares dispuestos a cuidar de ellos, que pueden localizarse mediante una búsqueda diligente. Por consiguiente, la adopción o los arreglos alternativos para el cuidado a largo plazo nunca deben contemplarse durante una emergencia, y sólo deben explorarse cuando la búsqueda exhaustiva ha resultado infructuosa.¹⁴⁷ Las decisiones sobre la reunificación con padres u otros familiares cuando la búsqueda ha tenido éxito, o sobre los arreglos alternativos cuando no lo ha tenido, siempre deben basarse en el interés superior del niño.¹⁴⁸

En situaciones de afluencia masiva, cuando la mayor parte de las personas que buscan protección internacional caben dentro de la definición de refugiado de la Convención de 1951 pero la determinación individual de la condición es imposible, los estados usualmente responden reconociéndolos como refugiados *prima facie* o concediendo una forma de protección conocida como protección temporal. En principio, todos los familiares presentes deben recibir la misma condición de refugiado *prima facie* o el estatuto de protección temporal. El Comité Ejecutivo ha concluido específicamente que el respeto a la unidad familiar es un «estándar humano básico mínimo» en las situaciones de afluencia masiva¹⁴⁹ y ha instado a la reunificación familiar de los beneficiarios de la protección temporal.¹⁵⁰

147 Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 1993, vigente desde el 1 de mayo de 1995. Ver ACNUR, Recopilación de instrumentos internacionales y otros textos legales relativos a los refugiados y los desplazados internos (ACNUR, Ginebra, 1995), volumen I, pp. 356-369, y http://hcch.e-vision.nl/index_es.php?act=conventions.text&cid=69. Ver también, Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, Comisión Especial, «Recomendación concerniente a la aplicación a los niños refugiados y otros niños desplazados internacionalmente, del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional», 21 de octubre de 1994; Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 88 (L), 1999, párrafo c.

148 CDN, artículo 3; ACNUR, *Los niños refugiados*, arriba, n. 15, capítulo 10; Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 47 (XXXVIII), 1987.

149 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 22 (XXXII), 1981, párrafo II. B.2 (h).

150 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 15 (XXX), 1979, párrafo e: «En interés de la reunión de las familias y por razones humanitarias, los estados deberían facilitar la admisión a su territorio de, al menos, el cónyuge y los hijos menores o dependientes de cualquier persona a la cual se hubiera otorgado refugio provisional o asilo permanente».

La protección temporal representa una herramienta de emergencia en situaciones de afluencia masiva, la cual a menudo suspende la determinación individual de la condición de refugiado y la identificación de soluciones duraderas apropiadas. Algunas veces puede provocar largas esperas en el país de asilo, y hay un consenso emergente sobre la necesidad de una pronta reunificación durante la fase de protección temporal. La Directiva reciente de la Unión Europea sobre la protección temporal requiere que los estados miembros reúnan a los familiares cercanos que se hallan dentro de la Unión Europea, así como también a los compañeros no casados formalmente si el Estado tiene un trato similar para estos últimos en su ley de extranjería y les permite reunirse con otros familiares dependientes cercanos. Los familiares que no están en la UE pero tienen el deseo de reunirse con un familiar que pueda apoyarlo podrán hacerlo si demuestran que carecen de protección.¹⁵¹

En Estados Unidos, el estatuto de protección temporal (EPT) no permite la reunificación familiar.¹⁵² Esto quizá se debe a que la protección se brinda en forma de deportación diferida y no es igual que los programas de protección temporal en otros sitios. Sólo está disponible a las personas que se encuentran en Estados Unidos si se determina que su país experimenta un conflicto o desastres naturales. Aquellos presentes en Estados Unidos sin sus familiares presumiblemente optaron inicialmente por viajar sin ellos. Este razonamiento, sin embargo, no se ocupa de la imposibilidad del beneficiario del EPT de reunirse con su familia si regresa a su lugar de origen. Debe señalarse que la mayoría de los países que participaron en el Programa de Evacuación Humanitaria para Kosovo en 1999, incluyendo Estados Unidos, escogieron para la evacuación primordialmente a personas con familiares en el país receptor, aunque la definición de lazos familiares no fue uniforme. Las agencias que implementaban el programa trataron de mantener la unidad familiar durante el proceso, con éxito considerable después de los primeros días caóticos.

5. *Los solicitantes de asilo*

Puesto que aún no se ha tomado una decisión con respecto al estatuto legal de los solicitantes de asilo, tal vez sea difícil determinar si deben disfrutar del derecho a la unidad y la reunificación familiar, o cuál Estado es el responsable de hacerla realidad. Si los sistemas para la determinación del asilo fueran pronto y eficientes, esta falta de claridad causaría pocos problemas, pero los sistemas de asilo son reconocidos por no ser ni pronto ni eficientes, y la lentitud de los procedimientos

151 Directiva de la Unión Europea sobre protección temporal, arriba, n. 114, artículo 15.

152 Ley de Inmigración y Nacionalidad de Estados Unidos, enmendada (INA), sección 244, 8 *Código de Reglamentos Federales* (CFR, por su sigla en inglés), sección 244.2.

en muchos países provoca grandes dificultades, particularmente cuando los niños están separados de sus padres.¹⁵³

La respuesta obvia es apremiar las determinaciones de asilo, pero esta digna meta siempre parece lejana. Hay, afortunadamente, un reconocimiento general, al menos en principio, de que los niños separados o no acompañados deben beneficiarse de procedimientos expeditos, pero tales medidas ni siquiera comienzan a responder al derecho a la reunificación familiar de niños dejados en un país de origen o tránsito; ningún Estado ha sugerido procedimientos expeditos para los padres solicitantes de asilo separados de sus hijos. El reasentamiento de los menores separados de sus padres que se han quedado en el país de origen o de tránsito es también difícil, ya que los países de reasentamiento a menudo sienten que el país donde un miembro de la familia ha presentado una solicitud de asilo es el que debe aceptar a los familiares restantes.

Se han dado algunos pasos limitados para ocuparse de la situación. Según los términos del Convenio de Dublín, en las situaciones en que un solicitante de asilo tiene a un pariente cercano en un Estado de la Unión Europea, que es un refugiado reconocido con arreglo a la Convención de 1951, es ese Estado el responsable de evaluar la solicitud.¹⁵⁴ Desafortunadamente, en vista de la lentitud de los procedimientos y los retrasos consiguientes en la reunificación, los familiares en estados diferentes cuyas solicitudes de asilo están en curso no se benefician.¹⁵⁵

Las propuestas presentadas por la Comisión Europea para revisar el Convenio de Dublín fortalecen las disposiciones sobre la unidad familiar.¹⁵⁶ Agregan criterios adicionales, incluyendo que, cuando un solicitante de asilo es un menor no acompañado, la responsabilidad de considerar su solicitud yace en el Estado miembro donde hay un pariente suyo que puede hacerse cargo de él o ella. No se estipula nada sobre el estatuto formal del otro miembro de la familia. Otro criterio asigna la responsabilidad de valorar la solicitud al Estado miembro don-

153 Por ejemplo, dos menores separados, reconocidos por el ACNUR en un país fuera de la Unión Europea como refugiados amparados por el ACNUR, han estado tratando de reunirse con su madre en un Estado miembro de la Unión Europea desde 1997. Su padre fue recientemente reconocido como refugiado en otro país de la Unión Europea, permitiendo a los niños ser remitidos para el reasentamiento. Mensaje electrónico de oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 25 de junio de 2001.

154 Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los estados miembros de las Comunidades Europeas (Convenio de Dublín), 1990, DO 1997 L254, 19 de agosto de 1997, p. 1, artículo 4. Todos los estados miembros de la Unión Europea son partes de la Convención.

155 Hurwitz, arriba, n. 118, p. 653, donde otras situaciones se examinan en mayor detalle.

156 Comisión Europea, «Propuesta de Reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los estados miembros por un ciudadano de un país tercero», COM (2001) 447 final, 26 julio de 2001 (en adelante «Propuesta Dublín II»), especialmente los párrafos del preámbulo 6 y 7 y los artículos 5-8.

de haya otro pariente solicitante de asilo que espera una decisión mediante el procedimiento normal, en vez de que esto sólo sea posible para los refugiados reconocidos.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado que los miembros de una misma familia puedan reunirse durante los procedimientos de determinación.¹⁵⁷ El Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados (ECRE) también ha recomendado que los miembros de una familia que se han visto forzado a buscar asilo en países diferentes puedan procesar juntos sus solicitudes en un solo país.¹⁵⁸

Es comprensible que los estados no estén deseosos de tramitar las peticiones de reunificación de aspirantes cuyas solicitudes individuales de asilo ya les cuesta procesar. Dada la escasez de recursos estatales, sin embargo, sería útil explorar posibilidades de reunir a los miembros de una misma familia que han solicitado asilo en países diversos, particularmente si la determinación de la solicitud ha estado pendiente durante más de seis meses o se prevé que va a demorarse al menos un período similar. El agrupamiento de solicitudes potencialmente vinculadas, de testigos y de pruebas sería más efectivo en cuanto a costes que los procedimientos paralelos en jurisdicciones diferentes y, como ha reconocido la Comisión Europea, probablemente resultarían en decisiones más coherentes.¹⁵⁹

6. *Los desplazados internos*

La separación familiar es una característica del desplazamiento interno tanto como del transfronterizo. En Angola, por ejemplo, dos terceras partes de los aproximadamente 3,8 millones de desplazados internos son menores de quince años. Muchos de estos niños están separados de sus familias y corren grave riesgo de secuestro y reclutamiento forzado. Aunque la reunificación en estos casos no implica el obstáculo de lograr la admisión a otro país, pueden surgir problemas cuando la libertad de movimiento está limitada. En Angola, los combatientes se han rehusado a permitir a los civiles mudarse de áreas de conflicto a zonas más seguras.

El paulatino reconocimiento de la responsabilidad del Estado por la reunificación familiar en situaciones de desplazamiento interno puede verse en la evolución del lenguaje desde el Protocolo adicional II de 1977, que habla de tomar «las medidas oportunas» para «facilitar» la reunión, a la más fuerte y detallada disposición de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de

157 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1327 (1997), arriba, n. 114, párrafo 8.vii (p).

158 Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados (ECRE), «Posición sobre reunificación familiar de refugiados», julio de 2000.

159 La Comisión Europea, «Propuesta Dublín II», arriba, n. 156, p. 13.

1990, la cual demanda tomar «todas las medidas necesarias» para localizar y reunir a las familias.¹⁶⁰

V. La práctica de los estados: el marco legal

A. El marco legal para el derecho a la unidad y reunificación familiar

El Comité Ejecutivo del ACNUR, y el ACNUR mismo, han destacado la necesidad de implementar el derecho a la unidad y la reunificación familiar en la legislación nacional.¹⁶¹ El Comité sobre los Derechos del Niño también ha recomendado a varios estados de asilo, incluyendo Australia, Finlandia, Kenia y Noruega que se establezcan o mejoren tal marco.¹⁶² Tales disposiciones son un método importante para implementar las normas internacionales y representa la mejor práctica, al aplicar criterios basados en los derechos humanos a la protección de la familia refugiada. Los estados deben promulgar legislación que implemente expresamente el derecho a la unidad y la reunificación familiar de los refugiados y otras personas en necesidad de protección internacional.

En la Unión Europea, un marco legal armonizado para implementar el derecho a la reunificación familiar se hará una realidad cuando se apruebe la propuesta enmendada de la Directiva del Consejo.¹⁶³ Este documento brinda un trato más favorable, en ciertos aspectos, a las familias de refugiados frente a las familias mi-

160 Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra, arriba, n. 29, artículo 4(3) (b): «Se tomarán las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas». Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de arriba, 28, artículo XXV (2) (b): «Los estados partes tomarán todas las medidas necesarias para localizar y reunir a los niños con sus padres o sus familiares cuando la separación se deba al desplazamiento interno y externo surgido de conflictos armados o desastres naturales» [*Traducción no oficial*]. Ver también, «Principios Rectores sobre el Desplazamiento interno», arriba, n. 115, Principio 17(3).

161 Comité Ejecutivo, Conclusión n.º 85 (XLIX), 1998, párrafo x; ACNUR «Nota de antecedentes», arriba, n. 5, párrafo 1 (b): «Esto requiere que los estados tomen medidas, incluyendo esfuerzos legislativos nacionales, para preservar la unidad de la familia. También requiere medidas de corolario para reunir a las familias que se han separado, a través de programas de admisión, reunificación e integración».

162 Comité sobre los Derechos del Niño, «Observaciones finales sobre Australia», arriba, n. 95, párrafo 30. Comité sobre los Derechos del Niño, «Observaciones finales sobre Finlandia», documento de la ONU CDN/C/15/Add.132, 16 de octubre de 2000, párrafos 37-38. Comité sobre los Derechos del Niño, «Observaciones finales sobre Kenia», documento de la ONU CDN/C/15/Add.160, 7 de noviembre de 2001, párrafo 56. Comité sobre los Derechos del Niño, «Observaciones finales sobre Noruega», documento de la ONU CDN/C/15/Add.126, 28 junio de 2000, párrafos 32-33.

163 Comisión Europea, «Propuesta modificada para una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar», arriba, n. 122.

grantes, pero también despierta preocupación en otros campos.¹⁶⁴ Parece que sólo la reunificación con los miembros de la familia nuclear (el cónyuge y los hijos menores) será obligatoria, mientras que las parejas del mismo sexo, las parejas no casadas o en un matrimonio de hecho y los miembros de familias extendidas podrán reunirse sólo a discreción del estado. Unos cuantos Estados preferirían fijar la edad máxima para la reunificación de tan sólo doce años, aunque la edad puede ser superior para los niños refugiados. Habrá que monitorear cuidadosamente las negociaciones subsiguientes sobre la propuesta, con el fin de asegurar que establece un estándar de comparación positivo para la implementación del derecho a la reunificación familiar.

1. *Los estados con disposiciones referentes a la unidad y la reunificación familiar de los refugiados*

Los estados que han incorporado los principios de la unidad y reunificación familiar lo han hecho mediante una diversidad de disposiciones legislativas y administrativas.¹⁶⁵ Los elementos básicos pueden detallarse simplemente, por ejemplo la ley en Bosnia-Herzegovina:

La condición de refugiado se extenderá en principio al cónyuge y los hijos menores así como también a otros dependientes, si viven en el mismo grupo familiar. Se expedirán visas de entrada a tales familiares dependientes de personas a quienes se ha concedido asilo.¹⁶⁶

Pueden hallarse formulaciones más complicadas, por ejemplo en la ley estadounidense, que proporciona tres canales diferentes para la reunificación familiar de los refugiados. Primero, un sistema de prioridades da a algunos refugiados con

164 Ver por ejemplo, ECRE, «Posición sobre reunificación familiar de refugiados», arriba, n. 158; Comisión sobre Migración de Caritas Europa y otras ONG, «Posición de la propuesta modificada de la Comisión para crear una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación», arriba, n. 25.

165 Ver Secretariat of the Inter-Governmental Consultations, *Report on Family Reunification*, arriba, n. 17, para un resumen de las políticas en Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Italia, Noruega, los Países Bajos, el Reino Unido, Suecia y Suiza. Ver también, ACNUR, «Derechos y prácticas de integración con respecto a los refugiados reconocidos en los países de Europa Central», *European Series*, volumen 5, n.º 1, 2000, capítulo VI, «Unidad familiar y reunificación», para un análisis comparativo de las políticas y los perfiles de país como Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Polonia, la República Checa y Rumanía.

166 Bosnia-Herzegovina, Ley sobre Inmigración y Asilo, 1999, artículo 54. La Ley de Refugiados de Iraq, n.º 51-1971, artículo 11.3, dice aun más sucintamente: «A la persona aceptada como refugiado en Iraq se le permitirá traer a sus parientes legalmente reconocidos como dependientes».

familiares en Estados Unidos acceso preferencial al reasentamiento si se concluye que ellos mismos tienen temores fundados de persecución.¹⁶⁷ En segundo lugar, un programa de visas para familiares de refugiados se basa en la condición derivada y no requiere que los familiares demuestren un temor de persecución. En tercer lugar, los procedimientos normales de inmigración familiar están disponibles a todos los residentes permanentes, una condición normalmente disponible a los refugiados un año después del reasentamiento en Estados Unidos.¹⁶⁸

Los requisitos poco realistas o excesivamente rígidos de documentación son un problema común al aplicar las leyes de unidad y reunificación familiar. Mientras los estados tienen preocupaciones legítimas con respecto al fraude, deben recordar que los refugiados no están a menudo en posición de obtener documentos como pasaportes o certificados de matrimonio, divorcio, nacimiento o defunción. Es mucho menos probable que las mujeres y niñas de algunos países expulsores de refugiados, como Afganistán, posean documentos de viaje válidos en comparación con los varones. En Bielorrusia, por ejemplo, que tiene disposiciones de unidad familiar en su legislación nacional, ha habido casos de parejas casadas sin hijos que recibieron instrucciones de brindar prueba documental de su matrimonio.¹⁶⁹

Los estados deben mantener cierta flexibilidad en los requisitos de documentación, aceptando testimonios jurados y otras pruebas en lugar de exigir documentos que son imposibles de obtener. Un descubrimiento positivo de identidad en el transcurso de la determinación debe ser conclusivo para fines de reunificación. El país de asilo, tras reconocer la condición de refugiado, debe expedir documentos de viaje al refugiado y a todos los familiares presentes. Si no se dispone de documentos de viaje para familiares, el país de asilo y cualquier país de tránsito deben aceptar un documento de viaje del Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC). Las visas y los documentos de viaje deben expedirse gratuitamente.

Algunos estados requieren que un refugiado haya sido residente durante cierto tiempo, o haya obtenido algún estatuto, antes de que pueda solicitar la reunificación familiar. Los estados deberían conferir el estatuto de residente permanente en el momento en que reconocen la condición de refugiado, con todos los derechos correspondientes a la reunificación familiar.

En muchos estados, un estatuto transitorio, como el «permiso excepcional de permanencia» del Reino Unido, no otorga ningún derecho a la reunificación fami-

167 De las tres prioridades basadas en familias (P3, 4 y 5 actualmente), sólo la categoría P3 está en uso y ello sólo para seis países, todos en África. INA, sección 207, 8 CFR, sección 207.

168 INA, secciones 207 (c) (2) y 208 (b) (3), 8 CFR, sección 207.7 y 8 CFR, sección 208.20; INA, sección 209, 8 CFR, sección 209.

169 Ley sobre Refugiados de la República de Bielorrusia, 1995, artículo 10, procedimiento para la determinación del estatuto de extranjeros como refugiados. Ver también, Decreto del presidente de la República de Bielorrusia, n.º 229, 24 de noviembre de 1994, artículo 10: «Sobre la aprobación de normas de procedimiento para conceder asilo a los ciudadanos extranjeros y los apátridas».

liar, aunque el Ministerio del Interior del Reino Unido considerará una solicitud después de una persona haya sustentado esta condición durante cuatro años, o menos en circunstancias «compasivas» especialmente graves. Los solicitantes deben demostrar que cuentan con los medios para apoyar y alojar a los familiares sin recurrir a fondos públicos. La mayoría de los poseedores de este estatuto personal pueden recibir permiso de permanecer indefinidamente después de cuatro años, aunque aquellos con permiso de residencia indefinido aún tienen que satisfacer los requisitos de apoyo y alojamiento para que sus familiares puedan reunírseles.¹⁷⁰

En un intento por disuadir el tráfico ilícito de personas, Australia ha prohibido en efecto la reunificación familiar de los refugiados reconocidos que entran sin autorización.¹⁷¹ Estos refugiados tampoco pueden visitar a sus familias en un tercer país, ya que perderían su derecho a volver a entrar en Australia. Esta política viola claramente las obligaciones de Australia con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también la Convención de 1951, y es sólo discutiblemente eficaz: un riesgo evidente es que podría alentar a los familiares en ultramar a recurrir a un traficante ellos mismos para tratar de unirse al familiar ya presente.

La entrada no autorizada no debería imposibilitar la unidad o reunificación familiar, ni se deben emplear las peticiones de reunificación familiar para reevaluar la solicitud o el estatuto personal del solicitante principal. Los procedimientos de intercepción deben contemplar el asilo en el país interceptor si el refugiado tiene familiares allí.¹⁷²

2. *Los estados con disposiciones generales de inmigración relativas a la unidad y la reunificación familiar*

Algún tipo de arreglo legislativo para asegurar la unidad y la reunificación familiar es preferible a ninguno, pero las disposiciones de inmigración no son generalmente

170 Ver Dirección de Migración, «Instrucciones», diciembre de 2000, capítulo 11, sección 2, Permiso de entrada o permanencia excepcional, asentamiento y reunión familiar, artículo 14.3.

171 Migration Amendment Regulations 1999 (n.º 12) y 1999 (n.º 243); Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) de 2001, en la parte 4. Conforme a esta legislación, desde septiembre de 2001, un solicitante de asilo que llega independientemente a Australia tras haber permanecido siete días o más en un país donde hubiera podido solicitar y obtener protección efectiva, y quien fue reconocido como refugiado, sólo recibe una serie de visas temporales de tres años. No puede, así, obtener nunca una residencia segura ni documentos de viaje, ni reunirse con su familia en Australia. Ver también, Comité para Refugiados de Estados Unidos, *Sea Change: Australia's New Approach to Asylum Seekers* (US Committee for Refugees, Washington DC, 2002).

172 Ver también la ponencia sobre el artículo 31 de G. S. Goodwin-Gill en el capítulo 3.1 de este volumen.

adecuadas en el contexto de los refugiados. Implementar el derecho a la unidad y la reunificación familiar en este contexto involucra una obligación de protección, una orientación hacia soluciones duraderas y un compromiso humanitario con la reconstrucción de la vida de los refugiados, ninguno de los cuales es normalmente parte de los programas de inmigración.¹⁷³ A falta de disposiciones legislativas o administrativas relativas a los refugiados, es difícil hablar de un enfoque de unidad y reunificación familiar basado en los derechos humanos, que tome en cuenta las situaciones diferentes de refugiados y de inmigrantes.

Además de los obstáculos notados en la sección anterior, surgen problemas adicionales cuando se trata de responder a cuestiones relativas a la familia del refugiado mediante las leyes de inmigración. Muchas de estas disposiciones aplican criterios restrictivos basados en tipos de linaje de sangre o relaciones legales, estatuto legal y la duración de la permanencia del peticionario en el país de acogida, limitaciones numéricas y, en algunos casos, el potencial de integración exitosa del familiar.¹⁷⁴ En muchos países hay requisitos concernientes al nivel de ingresos o la disponibilidad de alojamiento para que el refugiado patrocine a un pariente más «distante», como un padre adulto mayor; algunos países imponen estos requisitos aun para los familiares más cercanos. En ciertos países, los refugiados reconocidos enfrentan dificultades para obtener los permisos de residencia requeridos para solicitar la reunificación con los miembros del núcleo familiar.

La discreción del Estado en su trato a la familia refugiada se ejerce muy frecuentemente de manera arbitraria e inconsistente con los preceptos del derecho internacional. Los siguientes ejemplos de prácticas problemáticas son tomados de Alemania, pero también pueden hallarse en otros países: las visas de entrada para los familiares son algunas veces denegadas por las misiones, erróneamente o sin explicación; la separación familiar en sí ya no se considera una razón humanitaria suficiente para justificar la reunificación; los requisitos de ingresos y alojamiento se aplican rígidamente sin indagar sobre los recursos y las circunstancias individuales de la familia; se exigen pasaportes válidos y documentos originales pese a que es imposible obtenerlos; se recomienda a los refugiados intentar reunirse con sus familiares en otro país de asilo; y las solicitudes de reunificación se usan para revisar y algunas veces revocar el estatuto del solicitante principal.¹⁷⁵

173 ACNUR, «Nota de fondo», arriba, n. 5, párrafo 8.

174 *Ibidem*, párrafo 7.

175 Dos casos recientes en otros países relativos a la reunificación de refugiados reconocidos con miembros de su familia nuclear provienen de mensajes electrónicos de oficinas de terreno del ACNUR a las autoras. En el primer caso, una mujer afgana con dos hijas fue reconocida como refugiada en un país de asilo; su marido y sus dos hijos estaban en un país de tránsito. Su primera solicitud para reunirse con la esposa y las hijas fue erróneamente rechazada por motivos financieros, los cuales según la legislación de ese país sólo se aplican a los casos normales de inmigración, no a los refugiados. Las oficinas locales del ACNUR en ambos países tuvieron que intervenir para corregir el error. La segunda solicitud se denegó porque la

3. *Estados sin disposiciones nacionales*

La unidad y la reunificación familiar de los refugiados no se consideran una prioridad en algunos estados, de modo que no se han establecido políticas o procedimientos al respecto. Las oficinas del ACNUR en tales países tratan de establecer procedimientos en forma conjunta con las autoridades locales para hallar soluciones a tales situaciones caso por caso. Una oficina del ACNUR informa que «tales tareas exigen mucho tiempo y hay un constante temor de tropezarse con una situación prolongada».¹⁷⁶ En otros países, como Ecuador, con una carga de casos pequeña (seis cónyuges se reunieron en 2000) y una política abierta, flexible y expedita por parte del gobierno, la reunificación familiar procede con agilidad.

En estados donde no hay procedimientos establecidos para la reunificación familiar, los familiares generalmente deben pedirla a través de una misión diplomática. Si no hay una en el país donde residen, deben enviar por correo sus hojas de solicitud a una misión en otro sitio. Esto aumenta considerablemente la lentitud, la dificultad y el coste del proceso.

En los países donde el ACNUR determina la condición de refugiado, promueve la unidad familiar mediante los procedimientos de determinación y mecanismos para la reunificación familiar. Con respecto a la determinación de la condición, la experiencia sugiere que la mejor práctica es establecer un procedimiento específico para solicitudes basadas en la unidad familiar con un refugiado reconocido ya presente en el país de asilo. Primero, tales solicitudes deben ser adjudicadas rápidamente para fines de protección y para restaurar la unidad familiar; en segundo lugar, la inmensa mayoría de estas son manifiestamente fundadas y pueden examinarse expeditamente.¹⁷⁷ Los estados deberían considerar la puesta en práctica de un sistema similar.

Debe informarse a los solicitantes de asilo de la posibilidad de pedir la reunificación familiar sin pasar por el procedimiento estándar de determinación. Para identificar las solicitudes fraudulentas, es importante tener criterios objetivos referentes a las consideraciones socioeconómicas y personales, y la pertenencia a un mismo

pareja tenía apellidos diferentes, aunque esta era la tradición común y conocida en su país. Ambas oficinas del ACNUR tuvieron otra vez que intervenir. Las visas de entrada fueron finalmente expedidas después de un retraso de un año, el 18 julio de 2001. En el segundo caso, un hombre afgano fue reconocido como refugiado en un país de asilo. Su esposa solicitó la reunificación familiar en su país de primer asilo, presentando plena documentación incluyendo su certificado de matrimonio y una copia de la identificación de su esposo. La misión del país de asilo erróneamente negó la solicitud, dudando, sin dar ninguna razón, que el marido hubiera sido reconocido de hecho como refugiado. Las oficinas del ACNUR en ambos países tuvieron que intervenir. La visa fue finalmente expedida después de un retraso de siete meses, el 18 de julio de 2001.

176 Mensaje electrónico de oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 24 de junio de 2001.

177 La oficina del ACNUR en El Cairo aplica tal enfoque.

hogar, para determinar la dependencia. Después de las entrevistas con el solicitante principal y la persona a su cargo recién llegada, el dependiente será incluido al expediente y disfrutará de la condición derivada, o será denegado. Una decisión negativa con base en la unidad familiar no puede apelarse, aunque el dependiente denegado puede presentar una solicitud de asilo dentro del marco del procedimiento estándar para determinar la condición de refugiado.

En los países donde el gobierno no reconoce oficialmente la condición de refugiado por mandato del ACNUR, generalmente tampoco aceptará la condición de refugiado por mandato para un familiar cercano como base para expedir una visa o un permiso de residencia, cerrando así la posibilidad de reunificación familiar. El reasentamiento se vuelve entonces la única opción legal disponible para una solución duradera.

VI. La práctica de los estados: la implementación y los procedimientos administrativos

Aun en los estados con disposiciones específicas referentes a la unidad o la reunificación familiar, los procedimientos prolongados y complicados provocan grandes penurias a las familias afectadas¹⁷⁸ y exigen recursos humanos desmesurados al ACNUR y otras organizaciones que las asisten.¹⁷⁹ Como en otras cuestiones de principios, la dificultad en la unidad familiar reside en los detalles de la implemen-

178 «En el contacto diario con personas de interés nos enfrentamos a los efectos angustiosos de la ruptura de la unidad familiar de los refugiados, quienes a menudo se hunden en una profunda depresión, particularmente cuando, como es a menudo el caso, la separación del cónyuge y los hijos es prolongada y hay muy poca o ninguna posibilidad de comunicación». Mensaje electrónico de una oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 6 de agosto de 2001. «El proceso de reunificación se demora mucho, lo cual algunas veces causa una situación en que [el refugiado] pierde toda esperanza». Mensaje electrónico de una oficina de terreno del ACNUR a las autoras, 27 julio de 2001. Ver también, Consejo de Refugiados, «Discussion Paper», arriba, n. 9, que incluye varios casos desgarradores de familias refugiadas separadas, todas ellas beneficiarias de organismos miembros del Consejo de Refugiados de Australia.

179 Extractos de tres mensajes electrónicos de oficinas de terreno del ACNUR a las autoras: «[La oficina X] está tratando de recurrir a toda intervención posible de otras oficinas del ACNUR en los países en cuestión y de la Cruz Roja con respecto a los obstáculos que se dan en los casos de reunificación familiar. Ha habido un fuerte apoyo suyo pero no obstante los problemas generales siguen allí», 25 de junio de 2001. «La reunificación familiar [desde el país Y] es a veces [...] un procedimiento muy largo y a veces muy burocrático, exigiendo recursos considerables del personal para darle seguimiento a los casos individuales, ponerse en contacto con las embajadas, etc.», 6 de agosto de 2001. «El ACNUR realmente pasa tiempo con los refugiados y los nacionales explicándoles el procedimiento de reunificación familiar, insistiendo en el hecho de que lleva su tiempo, y en la clase de asistencia que pueden esperar de nosotros», 10 julio de 2001.

tación. A pesar del marco provisto por el derecho internacional, los estados renuentes a aceptar a extranjeros se han dejado a sí mismos un amplio margen para expresarse en forma equívoca sobre los mecanismos reales para la protección familiar. Las secciones anteriores han mostrado que la legislación nacional de refugiados, de asilo y de migración en muchos casos plantea obstáculos a la unidad familiar de los refugiados. La legislación a menudo permite una discrecionalidad administrativa considerable, lo cual puede funcionar a favor de las familias de refugiados deseosos de reunirse, o en su contra.

Los estados deben establecer procedimientos administrativos fluidos y estándares para asegurar la unidad y la reunificación familiar, con procedimientos simplificados para los casos relativos a menores separados o no acompañados. Los estados deben asignar los recursos adecuados para proveerse de personal, brindar formación, localizar, asumir costes de viaje, satisfacer los requisitos de indagación y otros costes relativos a la unidad y la reunificación familiar.

A. Los procedimientos para solicitar la unidad

Las misiones diplomáticas en el extranjero a menudo ignoran o se muestran indiferentes a las disposiciones del derecho nacional de refugiados. Por ejemplo, Estados Unidos permite al personal de sus embajadas remitir casos urgentes de protección directamente al proceso de reasentamiento, pero considera que este canal casi nunca es utilizado. Las oficinas del ACNUR en el terreno frecuentemente tienen que intervenir en casos donde se han denegado peticiones de unidad familiar contrariando las leyes o las reglas del país al cual se desea entrar. Rectificar tales decisiones requiere una estrecha cooperación entre las oficinas de terreno en dos o más países donde residen los familiares separados.

Algunos estados, incluyendo los países nórdicos, exigen que las solicitudes de reunificación se tramiten inicialmente ante una misión diplomática en el extranjero, lo cual también ocurre generalmente en el caso de países sin procedimientos de reunificación familiar (como se explica en la sección V. A.3). Si no hay embajada o consulado en el primer país de asilo, esto puede causar mayores dificultades y retrasos por las comunicaciones a larga distancia y el envío de documentos al exterior. Las familias de refugiados que no viven en la capital o cerca de ella se encuentran con que el requisito de múltiples entrevistas y presentación de documentos en una embajada no sólo retrasa el proceso de reunificación sino que resulta muy costoso. Otros países requieren que sea el pariente patrocinador quien inicie el proceso de solicitud. Este es usualmente un proceso más satisfactorio, aunque la comunicación con la familia que aguarda y con los funcionarios consulares apropiados puede ser difícil.

Varios países requieren que la solicitud de reunificación familiar se presente cuando el solicitante de asilo cruza la frontera o cuando un refugiado aplica primero para el reasentamiento: situaciones en que el solicitante puede no entender plena-

mente el procedimiento requerido. Si la solicitud no se presenta en ese momento, la familia tiene poca probabilidad de obtener permiso para reunirse. En algunos casos, sin embargo, una petición presentada en la frontera puede permitir al pariente de un refugiado evadir requisitos más elaborados y prolongados que se piden si la solicitud es hecha en el extranjero. Por ejemplo, en Polonia, si la solicitud para la condición de refugiado con base en la reunificación familiar no se presenta en la frontera, la familia no puede hacer uso del artículo 44 de la Ley de Extranjería de 1997, el cual concede la condición de refugiado a los familiares que viven con un refugiado en Polonia. En la práctica, sin embargo, la reunificación familiar a menudo tiene lugar de manera más informal, ya que un reglamento de la ley dispone que las autoridades responsables, de acuerdo con las posibilidades existentes, ayuden a la familia a lograr el derecho de entrar en Polonia.¹⁸⁰

El acceso a la información sobre los procedimientos de reunificación familiar es otro problema común. Los refugiados mismos a menudo no saben dónde obtener esta información, o cómo saber del estado de sus solicitudes. Hay a menudo confusión en lo que se refiere a quiénes en la familia (aquellos en el extranjero o quienes se encuentran en el país) deben iniciar tales procedimientos, cuál institución es la responsable de efectuar la reunificación familiar (las embajadas, el ACNUR, el Comité Internacional de la Cruz Roja, las ONG), qué se requiere para completar la solicitud, y dónde pueden hallarse fuentes de información y de asistencia financiera. En general, la información precisa acerca de los requisitos de la solicitud, y los formularios requeridos, el pago de tarifas, la documentación y demás, es más fácil de hallar en el país donde se pretende que se dé la unificación familiar. Permitir a un miembro de la familia ya residente en ese país iniciar los procedimientos facilitaría la reunificación familiar. Los consulados y las oficinas del campo del ACNUR deben difundir información sobre los procedimientos de reunificación familiar a las personas elegibles.

La mayoría de los países permite a los menores unirse a los padres que han sido reconocidos como refugiados de conformidad con la Convención de 1951. Se ha sabido, sin embargo, de procedimientos difíciles que consumen tanto tiempo que los hijos menores dejan de serlo y pierden la posibilidad de la reunificación antes de que su procesamiento se haya completado. Para evitar este problema, el cual puede tener consecuencias graves para la familia afectada, la mejor práctica permite que un hijo, quien es menor de edad cuando se abre su expediente, complete el proceso y se reúna con sus familiares sin importar su edad al final.

B. Las demoras en el procesamiento

Los familiares de los refugiados a menudo experimentan largos retrasos en la obtención de las visas de entrada en las oficinas consulares. Particularmente en

180 Oficina local del ACNUR en Varsovia, mensaje electrónico a las autoras, 28 junio de 2001.

misiones diplomáticas en países próximos a afluencias significativas de refugiados, el procesamiento de tales solicitudes por las autoridades nacionales típicamente ha sido lento. La misión de un país reportó a mediados de 2001 un período de espera de seis meses antes de que se pudieran realizar las entrevistas iniciales en Damasco, Siria y una espera de un año en Islamabad, Pakistán. Después de que se ha presentado una solicitud en estos casos, no es inusual que las autoridades se demoren hasta un año para tramitar la solicitud y llegar a una decisión.¹⁸¹ Dados los retrasos de procesamiento, a menudo se vence el estatuto legal de los familiares y afrontan así problemas adicionales de protección. Las cargas sobre sus recursos financieros también pueden ser considerables.

El procesamiento de visas para la reunificación familiar a Estados Unidos con base en la condición derivada (visas 92 y 93) es actualmente muy lento, tanto por la capacidad limitada de procesamiento de los consulados en los países donde se originan la mayoría de las solicitudes, como por el dramático aumento del número de solicitudes en los últimos años.¹⁸²

Junto con la necesidad de obtener documentos de viaje y dinero para los costes del viaje (los cuales son financiados normalmente por el ACNUR cuando la familia refugiada no lo puede hacer), estos factores han dado como resultado retrasos considerables, algunas veces de años, en el procedimiento. Los retrasos tienden a retroalimentarse a sí mismos, conforme los resultados de pruebas médicas pierden vigencia y deben repetirse, la validez de las huellas digitales caduca, y así sucesivamente. Los retrasos de procesamiento son particularmente graves en los casos que involucran a niños, especialmente a menores separados o no acompañados. Estos casos deben agilizarse en todos los aspectos posibles.

C. Los altos costes

En general, las dificultades financieras constituyen el obstáculo más persistente en la reunificación familiar. Algunos países requieren que los refugiados satisfagan ciertos requisitos de ingresos (iguales al salario mínimo en un país de asilo; al 125% del «nivel de pobreza» para ciertas vías de unificación familiar en otro país de asilo). Otro Estado condiciona formalmente la reunión familiar a que el solicitante disponga de alojamiento de un determinado tamaño (aunque en la práctica se exime a los refugiados de este requisito, al menos en lo correspondiente al cónyuge y los hijos menores). En muchos estados, las leyes de migración que demandan ciertos niveles de ingreso, de vivienda, etc., no se aplican a los refugiados.

181 Oficina de terreno del ACNUR, mensaje electrónico a las autoras, 25 julio de 2001.

182 Entrevista telefónica con la Oficina de Población, Refugiados y Migración, Departamento de Estado de Estados Unidos, 3 de octubre de 2001.

La propuesta modificada de la Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar armonizaría la práctica de los estados de la Unión Europea hasta alcanzar este estándar.¹⁸³ Los requisitos relacionados con el ingreso, el empleo, el alojamiento, la duración de la permanencia y el estado de salud deben específicamente hacerse a un lado en el caso de familias de refugiados.

Ciertos estados imponen tarifas per cápita por las solicitudes de reunificación, las cuales son difíciles de costear para muchos refugiados. Australia ha facilitado que el cónyuge y los hijos de refugiados elegibles para la reunificación familiar ingresen como parte del programa humanitario, el cual no exige tarifas caras de procesamiento, a diferencia del programa de reunión familiar, que puede requerir tarifas de más de 3.000 dólares australianos para dos hijos, según el Consejo de Refugiados de Australia.¹⁸⁴ (La desventaja de este cambio es que han aumentado los períodos de espera para una visa del programa humanitario.) En Canadá, si un refugiado deja de solicitar la condición de residente permanente para él o para los miembros de su familia inmediata dentro de los 180 días de habersele concedido el asilo (y solicitarla involucra el pago de tarifas sustanciales), la única opción restante es solicitar el patrocinio después de obtener la residencia permanente. En esa etapa, los familiares patrocinados deben demostrar su capacidad de no depender de la asistencia social y el patrocinador debe comprometerse a apoyar a los familiares patrocinados durante diez años.

Otra fuente de gastos que pueden enfrentar las familias de refugiados en procura de la reunificación lo constituyen las pruebas médicas requeridas. En algunos casos, hay pruebas para determinar la presencia de enfermedades contagiosas o para verificar que los miembros de la familia refugiada no impondrán cargas a los sistemas de salud pública de los países adonde esperan emigrar. Más estados parecen estar llegando a la conclusión, sin embargo, de que no es apropiado negar la unidad familiar a los refugiados por motivos de salud, y este claramente parecería ser un estándar internacional deseable.

Hay una tendencia creciente a usar las pruebas de ácido desoxirribonucleico (ADN) para confirmar el parentesco entre los refugiados y las personas con quienes procuran la reunificación, a causa de las preocupaciones sobre solicitudes fraudulentas. Las pruebas de ADN son caras y muchos potenciales estados receptores esperan que los refugiados paguen estas pruebas ellos mismos. El requisito de las pruebas de ADN es también una fuente de retrasos considerables en el trámite de solicitudes. Un mejor enfoque sería llevar a cabo pruebas científicas sólo en circunstancias excepcionales con el consentimiento del refugiado y el pariente, en el contexto de un proceso de entrevista. Los resultados deben permanecer confidenciales y los costes deben ser asumidos por la entidad que exige la prueba, al menos

183 Comisión Europea, «Propuesta modificada para una Directiva del Consejo sobre el derecho a la reunificación familiar», arriba, n. 122.

184 Consejo de Refugiados de Australia, «Discussion Paper», arriba, n. 9.

en los casos en que las pruebas confirman la relación alegada por el refugiado. La negativa a someterse a una prueba no debería automáticamente dar como resultado el rechazo de la reunificación.

Los costes de obtener documentos, viajar para presentar peticiones y conseguir visas son a menudo prohibitivos, al igual que el coste de los boletos. El ACNUR, el CICR, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y ciertas ONG brindan asistencia en algunos casos a los familiares que de otro modo no podrían viajar. En ciertas ocasiones, los estados dejan de lado, en el caso de los refugiados, tarifas normalmente requeridas, una práctica que debe ser alentada.

D. La detención

En varios países donde habitualmente se detiene a los solicitantes de asilo que llegan sin la documentación apropiada, las familias son separadas en la detención. Instalaciones separadas para hombres, mujeres y niños algunas veces permiten muy poca interacción entre los familiares. Un cierto país sigue estas prácticas aun en los casos en que el ACNUR ha concedido la condición de refugiado por mandato, hasta que el ACNUR les encuentre una solución duradera.¹⁸⁵ Cuando Australia estaba sometida a críticas, entre ellas del Comité de Derechos Humanos y el Comité sobre los Derechos del Niño, por las condiciones en un centro de detención que sí alojaba juntas a las familias, respondió liberando a las mujeres y los niños en un programa de libertad supervisada mientras mantuvo a los hombres detenidos como una garantía contra la huida de los demás.¹⁸⁶ Las prácticas de detención son los pocos casos donde los estados intervienen directamente para dividir a las familias intactas.

Normalmente no debe detenerse a las familias solicitantes de asilo. Si han de ser retenidas, deben alojarse juntas en unidades familiares individuales. No debe separarse a las familias deteniendo a un miembro como un seguro contra la huida de los demás familiares.

VII. Conclusión

En noviembre de 2001, un grupo de jueces, abogados, representantes de ONG, funcionarios de gobiernos y expertos académicos se reunieron para considerar el derecho internacional con respecto a las cuestiones de la unidad familiar y la reunificación familiar, como parte de las Consultas Globales del ACNUR sobre

185 Oficina de terreno del ACNUR, mensaje electrónico a las autoras, 24 junio de 2001.

186 CDH, «Observaciones Finales sobre Australia», documento de la ONU A/55/40, 24 julio de 2000, párrafo 3. Comité sobre los Derechos del Niño, «Observaciones finales sobre Australia», arriba, n. 95, párrafo 20.

la protección internacional. La mesa redonda logró un consenso casi unánime en cuanto a que el «derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad».¹⁸⁷ Ya que este derecho está consagrado en los instrumentos de derechos humanos y el derecho humanitario, señalaron los expertos, se aplica a todos los seres humanos, incluyendo a los refugiados. Concluyeron: «El respeto del derecho a la unidad familiar exige no sólo que los estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado.»¹⁸⁸

En el caso de las familias separadas por desplazamientos voluntarios, los estados pueden argumentar que negarse a admitir a familiares no viola el derecho a la unidad familiar, porque los emigrantes tienen la opción de disfrutar de la unidad familiar en el país de origen. Aun en tales casos, la admisión legal de un inmigrante para la residencia a largo plazo implica una obligación de hacerle posible a esa persona ejercer su derecho a la vida familiar. Para los refugiados, sin embargo, la opción de la unidad familiar en el país de origen no existe mientras no se puedan repatriar digna y seguramente, o hasta que hayan ocurrido cambios tan fundamentales y duraderos en el país de origen que pueda invocarse la cesación de su condición de refugiado.

Ya que las familias de refugiados frecuentemente se separan a causa de las circunstancias de su huida, su derecho a la unidad familiar a menudo sólo puede respetarse mediante la reunificación familiar en un país de asilo. Así, el derecho a la reunificación familiar reside en la intersección entre el derecho de los derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de los refugiados. Los elementos específicos de la implementación de este derecho, sin embargo, varían considerablemente entre los países. Ayudaría a resolver la incongruencia resultante que el ACNUR recopilara los procedimientos para la reunificación en, o desde, cualquier país dado y proporcionara puntos de contacto apropiados en los organismos gubernamentales, las oficinas del ACNUR, el CICR, las ONG y otras organizaciones internacionales. El ACNUR también debería, en consulta con los estados, las ONG y otras organizaciones internacionales, ampliar sus directrices sobre los diversos aspectos de la unidad y la reunificación familiar, incluyendo sus vínculos con la exclusión y los movimientos irregulares, recurriendo a las mejores prácticas en diversos contextos y situaciones. Depende luego de los estados aprovechar estos recursos para establecer normas más humanitarias y expeditas para la protección y la restauración de la unidad familiar de los refugiados y, lo que es más importante, implementarlas de manera consistente y compasiva.

187 Consultas globales del ACNUR sobre la protección internacional, resumen de las conclusiones sobre la unidad familiar, mesa redonda de expertos de Ginebra, noviembre 8 y 9 de 2001.

188 *Ibíd.*