

Estudios de Derecho

Fundada en 1912

Estudios de Derecho

ISSN: 0120-1867

ISSN: 2145-6151

Universidad de Antioquia

Díaz-Tolosa, Regina Ingrid

Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención
sobre los Derechos del Niño en la jurisprudencia chilena*

Estudios de Derecho, vol. 77, núm. 169, e3, 2020, Enero-Junio
Universidad de Antioquia

DOI: <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n169a03>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=647968648003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM 

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Gracias por visitar la República de
COLOMBIA



Rescatado de UNICEF - Ecuador. Cuenta en Flickr

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la jurisprudencia chilena*

Regina Ingrid Díaz Tolosa**

Resumen

Los tribunales de justicia como órganos del Estado están obligados a respetar y promover los derechos humanos. Chile es un Estado miembro de los sistemas internacionales de protección de estos derechos, por tanto, debiese aplicar las normas internacionales protectoras de los derechos de los migrantes en la revisión judicial de órdenes de expulsión. Este artículo revisa si la jurisprudencia chilena aplica normas internacionales en los juicios de amparos que tienen por objeto reclamar de órdenes de expulsión en el período 2008-18. El análisis muestra que no existe una tendencia mayoritaria a la aplicación directa del derecho internacional, quizás porque, si bien los tratados sobre derechos humanos han sido ratificados y puestos en vigencia interna, la vetusta legislación interna migratoria no incorpora expresamente estos estándares. Las cortes refieren expresamente a los tratados internacionales solo en un 10 % de la muestra. El tratado más utilizado ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño, seguido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La protección de la familia o los principios de la unidad familiar y del interés superior del niño han sido identificados como parámetros relevantes a considerar antes de dar a lugar a la expulsión de un extranjero.

Palabras clave: expulsión de extranjeros; Convención sobre los Derechos del Niño; jurisprudencia chilena; protección de la familia; interés superior del niño.

Expulsion of foreigners: The application of the Convention on the Rights of the Child in Chilean jurisprudence

Abstract

Courts of law as state bodies are obliged to respect and promote human rights. Chile is a member State of the international systems for the protection of these rights; therefore, the international norms that protect migrants' rights should be applied during the judicial review of expulsion orders. This article reviews whether Chilean jurisprudence applies international standards in the protection proceedings that are intended to review expulsion orders during the period of 2008-18. The analysis shows that there is not a major trend towards the direct application of international law, perhaps because, although the human rights treaties have been ratified and put into effect internally, the old migratory domestic legislation does not expressly incorporate these standards. The courts expressly refer to international treaties in only 10% of the sample. The most commonly used treaty has been the Convention on the Rights of the Child, followed by the American Convention on Human Rights. The protection of the family or the principles of the family unit and the best interests of the child have been identified as relevant parameters to consider before ruling on the expulsion of a foreigner.

Keywords: expulsion of foreigners; Convention on the Rights of the Child; Chilean jurisprudence; family protection; best interests of the child.

Expulsão de estrangeiros: a aplicação da Convenção concernente aos Direitos da Criança na Jurisprudência Chilena

Resumo

Os tribunais de direito enquanto órgãos do Estado são varas obrigadas compulsoriamente a respeitar e promover os direitos humanos. O Chile é um Estado membro dos sistemas internacionais de salvaguarda desses direitos, per se, deve cumprir as normas internacionais que defendem os direitos dos migrantes na revisão judicial das ordens de expelir. Este artigo analisa se a jurisprudência chilena é utente destes padrões internacionais nos processos das tutelas que pretendem rescindir ordens de expulsão no período 2008-18. A análise ensina que não há tendência majoritária à aplicação direta do direito internacional, talvez porque, assim os tratados de direitos humanos tenham sido validados e executados no contorno, a velha portaria doméstica migratória não admite expressamente esses padrões. As varas dos tribunais se referem expressamente aos acordos internacionais somente num 10% da amostra. O tratado mais costumeiramente empregado foi a Convenção alusiva aos Direitos da Criança, seguida pela Convenção Americana dos Direitos Humanos. A defesa da família ou dos valores da unidade familiar e dos melhores interesses da criança foram identificados, como parâmetros salientes, pra serem considerados antes de dar como compulsória a expelida dum expatriado.

Palavras-chave: expelida de exilados; Convenção atinente aos direitos da criança; jurisprudência chilena; salvaguarda da família; melhores interesses da criança.

* Artículo de investigación. Este forma parte integrante del proyecto desarrollado por la autora en calidad de investigadora principal, proyecto Fondecyt Regular 2018-2020, n.º 1181194, titulado: "Aporte de los tribunales de justicia a la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes", financiado por la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología.

** Directora de Carrera de Derecho Sede Santiago, Universidad Autónoma de Chile, Chile. Doctora en Derecho. Integra el claustro académico del Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile, en la línea de investigación sobre "Justicia Constitucional y Derechos Humanos". Correo electrónico: ingrid.diaz@uautonoma.cl ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5447-0049>

Expulsión de extranjeros: La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la jurisprudencia chilena

Introducción

Chile forma parte de los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, no solo como miembro activo de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, sino también por haber ratificado y puesto en vigencia interna todos sus principales tratados sobre derechos humanos, por lo que ha dado su consentimiento expreso en aras de comprometer la implementación de mecanismos de salvaguarda de estos derechos. En este contexto, corresponde a los tribunales de justicia chilenos, en cuanto a la revisión judicial de órdenes de expulsión de extranjeros, dar aplicación a las normas internacionales protectoras de los derechos de las personas migrantes, pues existe un deber general de respeto y garantía de los derechos humanos, el cual se proyecta a todos los órganos del Estado y se manifiesta en un deber de garantizar la protección eficaz (*effet utile*) de estos, lo cual implica no dictar resoluciones manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado e intentar armonizar en el mayor grado posible las normas internacionales y las internas con una interpretación sistemática y finalista (Nash, 2013). En efecto, el artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile declara el deber de respeto y de promoción de los derechos de la persona humana impuesta a los órganos del Estado. Entre esos órganos, corresponde también al Poder Judicial respetar y promover los derechos humanos garantidos en el sistema internacional (Nash y Núñez, 2017; Núñez, 2015).

Así, el proyecto de investigación, del cual es parte integrante este artículo de investigación científica, pretende evaluar el papel de los jueces chilenos en la protección de los derechos de las personas migrantes, ante la existencia de normas internacionales ratificadas y vigentes y una regulación legislativa doméstica anacrónica que no las incorpora expresamente [DL 1094 (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley n.º 1094)].

De conformidad al artículo 89 del DL 1094 puede reclamarse judicialmente de una orden de expulsión expedida por decreto supremo del Ministerio del Interior -excluye las órdenes emitidas por los intendentes¹- ante la Corte Suprema (CS) en única instancia en un plazo de 24 horas desde que se le notifica la medida; sin embargo, dada estas restricciones, la acción de amparo constitucional (art. 21 de la Constitución), la cual no contempla un plazo de interposición -sino que puede ejercerse en tanto se encuentre vigente la orden de expulsión que perturba la libertad de circulación del extranjero-, y procede en contra de todo tipo de expulsión, independiente del órgano que lo ordene, ya sea por decreto supremo o resolución administrativa, se ha convertido en una vía idónea de reclamación en casos de expulsión de extranjeros, y durante el período 2008-18 se registra un aumento progresivo de interposiciones de esta acción, y proporcionalmente se recurre a esta más que a la acción de reclamación especial prevista en la ley de migraciones (ver Tabla n.º 1 y Gráfico n.º 1).

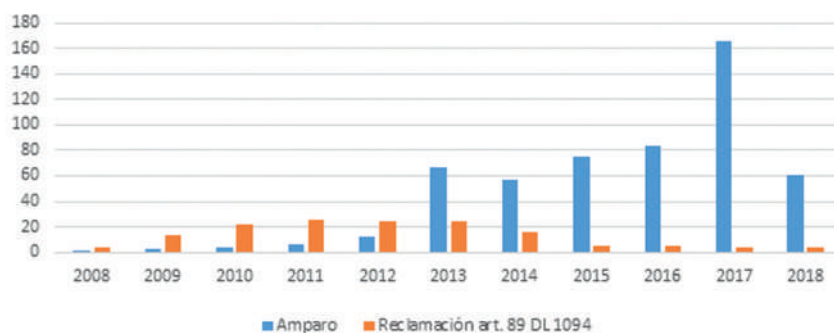
Esta muestra de sentencias incluye un período de 10 años (desde marzo del 2008 a marzo del 2018), ya que el 9 de abril de 2018 se inicia un proceso de regularización de los migrantes en situación irregular (Resolución Exenta n.º 1.965 de 2018), por lo que a partir de esa fecha las acciones judiciales presentadas para revisar órdenes de expulsión son acogidas por esta circunstancia. Los datos se obtienen a partir de requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema, en el cual se solicita detalle con rol de las apelaciones de amparo en materia de expulsión de extranjeros², período de 10 años hasta marzo del año 2018, inclusive, y reclamaciones judiciales por expulsión del país, del mismo período. Luego, la base de datos de amparos recibida contiene 7372 casos con sus respectivos roles, la cual fue depurada por la autora a través de la consulta unificada de causas de la CS, ya que el sistema de tramitación de la mencionada Corte no dispone de la posibilidad de obtener la información con detalle de materias por las cuales se interpone una apelación de recurso de amparo. Así, como se muestra en Tabla n.º 1, se obtiene una muestra compuesta por 676 casos, distribuidas en acciones de amparo (Constitución Política de la República de Chile, 1980, art. 21) y en acciones de reclamación especial en caso de expulsión (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 89). Luego, si los casos de amparo se agrupan de acuerdo con su resultado en rechazados y acogidos, en un 56% de los casos se acogió la acción, mientras que el 44 % restante fue rechazada (ver Tabla n.º 2).

-
- 1 Esto es, en el caso de: a) titulares de permiso de turismo o quienes prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, de conformidad con el artículo 84 inciso 2º del Decreto Ley n.º 1094 de 1975; y, b) extranjeros que hayan ingresado o intentado ingresar al país clandestinamente, de acuerdo con el Decreto n.º 818 del Ministerio del Interior de 1983, que delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros, que señala, actualizado por el Decreto n.º 2911 de 2000.
 - 2 Se previene que la muestra excluye aquellos amparos que no fueron elevados en apelación a la CS, ya que el propósito es comparar aquellos casos conocidos por esta, sea vía apelación en el amparo o vía acción especial de reclamación del artículo 89 del Decreto Ley n.º 1094 de 1975, del cual conoce la Corte en única instancia.

Tabla 1. Acciones interpuestas período 2008-18 en casos de expulsión

TIPO DE AC- CIÓN	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Amparo	1	2	4	6	12	67	57	73	82	166	60	530
art. 21 CPR												
Reclamación	4	13	22	25	24	24	16	5	5	4	4	146
art. 89 DL												
1094												

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Gráfico 1. Acciones de reclamo en casos de expulsión presentadas por extranjeros, período 20-2018

Fuente: Gráfico de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Tabla 2. Acciones de amparo constitucional, en casos de expulsión clasificadas de acuerdo con su resultado, período 2008-18

	Rechazados	Acogidos	Total		Rechazados	Acogidos	Total
2008	1	0	1	2014	42	15	57
2009	2	0	2	2015	39	34	73
2010	4	0	4	2016	27	55	82
2011	5	1	6	2017	61	105	166
2012	7	5	12	2018	12	48	60
2013	31	36	67	Total	231	299	530

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Tras la revisión de la muestra, se puede constatar que la aplicación del derecho internacional no es una tendencia jurisprudencial asentada. De la muestra de 530 sentencias que resuelven acciones de amparos interpuestos por extranjeros en situación de expulsión, en el período 2008-18, solo 55 de ellas refieren a normas internacionales como fuente integrante del plexo normativo a considerar, al interpretar el sentido y alcance de los derechos fundamentales de las personas migrantes en materia de expulsión, lo que equivale solo a un 10 % de la muestra total y a un 18 % de los casos acogidos (ver Tabla n.º 3). Luego, la norma internacional con mayor alusión directa es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), representando un 71 % de los casos que aplican tratados internacionales en su resolución, seguida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (13 %) (ver Tabla n.º 4). Se previene que entre el 2008 y el 2010 no se encuentran casos en los que las cortes apliquen directamente normas internacionales en sus razonamientos.

Tabla 3. *Aplicación de normas internacionales en amparos acogidos, período 2011-18*

	Aplica DI	% respecto del total de amparos acogidos	Total de amparos acogidos
2011	1	100%	1
2012	2	40%	5
2013	13	36%	36
2014	3	20%	15
2015	10	29%	34
2016	5	9%	55
2017	12	11%	105
2018	9	19%	48
Total	55	18%	299

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

Por consiguiente, en esta oportunidad, la evaluación y análisis lo hemos centrado en cómo los tribunales superiores de justicia chilenos han aplicado la CDN, logrando constatar que los principios de la unidad familiar y del interés superior del niño han sido identificados como parámetros relevantes a considerar antes de dar a lugar a la expulsión de un extranjero. Los resultados detallados del estudio se presentan en tres apartados. Primero, se sistematiza el contenido del estándar internacional sobre protección de la familia -en consideración de los tratados internacionales aplicables y la interpretación de estos, tanto por los órganos que supervigilan el cumplimiento de los respectivos tratados, como por las Cortes internacionales (sección 1)-, para luego examinar cómo se ha implementado en el sistema jurídico chileno, tanto por parte del legislador (sección 2) como del poder judicial (sección 3).

Tabla 4. Normas internacionales aplicadas en amparos acogidos, periodo 2008-18

	Frecuencia	% respecto del total
Otros tratados ¹	8	14,5%
CADH	7	13%
CDN	39	71%
Total	55	100%

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

1. De las normas del derecho internacional de los derechos humanos que protegen la familia en casos de expulsión de extranjeros

1.1. Sistema universal de protección de los derechos humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, PIDCP, 1966), en su artículo 23.1 reconoce que “[l]a familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (ONU, PIDCP, 1966, art. 23,1), mientras que el artículo 17 afirma que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su (...) familia” (ONU, PIDCP, 1966, art. 17) y que “2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques” (ONU, PIDCP, 1966, art. 17). Luego, en materia de migración, aparece como relevante la interpretación del Comité de Derechos Humanos, **órgano que supervigila el cumplimiento del Pacto**, en tanto afirma que el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de vivir juntos, y, por tanto:

[L]a adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, 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. (Comité de Derechos Humanos, 1990, OG n.º 19, párr. 5).

Por su parte, la Convención Internacional sobre la protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CTMF), 1990, en su artículo 44 no solo reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, sino también el deber de los Estados de asegurar su protección y unidad, con su cónyuge -o persona

1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) junto con la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1), Acuerdo Mercosur (1), Convenio Arica-Tacna (4), tratado internacional sin especificar cuál (2).

con quien se mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio-, e hijos menores de edad. Así, se ha interpretado que son reagrupables al menos el cónyuge y los hijos dependientes menores de edad. Derecho que se extiende a la pareja de hecho, a los ascendientes u otros familiares, en función de la normativa aplicable en cada Estado, por ejemplo, es posible extenderlo a los hijos mayores de edad, a los hijos adoptados o sobre los que se ejerza custodia, siempre y cuando dependan económicamente del reagrupante (Fernández, 2001).

No obstante, si los Estados tienen el derecho a determinar el régimen jurídico de entrada o permanencia de extranjeros en su territorio, no existe un derecho absoluto a la unidad familiar, pues sino se transformaría en una vía de entrada de inmigrantes que alteraría la tradicional consideración de la regulación del derecho de extranjería como perteneciente a la soberanía interna de los Estados (Aleinikoff, 2002; Goic, 2004). Sin embargo, el régimen de ingreso establecido por el Estado no puede ser incompatible con la protección mínima de los derechos humanos, por tanto, los Estados deben admitir que el extranjero pueda contar con su entorno familiar. Para ello, los Estados disponen de un margen de apreciación que permite garantizar el respeto a la vida familiar en consonancia con los legítimos intereses de los Estados. Margen que no puede ser ni discriminatorio ni arbitrario, sino razonable; lo cual se determina principalmente a través de un examen de proporcionalidad entre los motivos que sirven de fundamento para la aplicación de la causal legal para decretar la medida, por un lado, y la naturaleza de los vínculos familiares, por otro. De esta manera, cuando se invoque el reagrupamiento familiar para ingresar en un territorio estatal o para no ser expulsado del mismo, el Estado solo puede negarlo cuando no se violen otros derechos fundamentales o cuando las razones que alegue sean razones de orden público estatal (Arlettaz, 2016; Fernández, 2001; O'Donnell, 2007; Comité de Derechos Humanos, 1986, OG n.º 15, párr. 5). Así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Recomendación General XXX, párr. 28, 2004), recomienda evitar la expulsión de los no ciudadanos, especialmente de los residentes de larga data, que pueda tener como resultado una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar.

Adicionalmente, en el caso de la reagrupación de menores de edad, es especialmente aplicable la CDN 1989, la cual en su artículo 7º señala el derecho del niño a ser cuidado por sus padres; en el 8º, el deber de los Estados partes de respetar el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; en el 9º, el deber de los Estados partes de velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, y si lo están, el niño tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello fuese contrario al interés superior del niño; en el 10º, 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. Sin embargo, no es evidente que estas normas exijan a un Estado admitir a los familiares de los inmigrantes asentados; sería posible que la familia se reuniera en otro Estado (en particular, en su Estado de origen).

El derecho a la unificación familiar allende fronteras emerge con más fuerza para los refugiados y los inmigrantes asentados legalmente, pero sería más difícil mantener ese derecho para quienes entran ilícitamente o solicitan asilo en un país. La discreción que el derecho internacional público reconoce a los Estados para la admisión de extranjeros a su territorio nacional es muy amplia; la normativa internacional en materia de derechos humanos limita esta discreción, pero esos límites no son claros ni categóricos, sino que dependen del peso relativo de los intereses y motivos presentes en el caso concreto (Aleinikoff, 2002; O'Donnell, 2007; ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 66).

La CDN pareciera aplicar una norma más estricta, ya que solo permite la separación familiar cuando esta es lo mejor para el niño. De este modo, cuando la expulsión fuera a dar lugar de hecho a la separación de la familia -por las dificultades prácticas del reasentamiento y la adaptación de sus miembros- los Estados estarían obligados en virtud de esa Convención a escuchar al niño (o a su representante) y a determinar si la expulsión de uno de los progenitores es lo mejor para él. En efecto, el Comité de los Derechos del Niño, órgano que supervigila el cumplimiento de la CDN, enfatiza que la medida de separación:

[S]olo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia (...) La separación ha de barajarse solo en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño. (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 61-3)

Por otra parte, estando la familia ya separada y tratándose de un menor no acompañado en el Estado receptor y su familia se encuentra en el Estado de origen, el Comité manifiesta la importancia de iniciar con un análisis de las posibilidades de reunificación familiar, pues se debe procurar por todos los medios que el menor no acompañado o separado se reúna con sus padres salvo:

- a. Cuando el interés superior de aquél requiera prolongar la separación, habida cuenta del derecho del menor a manifestar su opinión (art. 12 de la CDN) (párr. 81, 2005);

- b. La reunión familiar en el país de origen no favorece el interés superior del menor por existir un riesgo razonable de que el retorno se traduzca en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor (Comité de Derechos del Niño, 2005, OG n.º 6, párr. 82).

Una alternativa también posible es el reasentamiento de la familia en un tercer Estado, para ello se debe realizar una “evaluación actualizada, exhaustiva y fundada en el interés superior, habida cuenta en particular de las circunstancias internacionales del momento y demás imperativos de protección” (Comité de Derechos del Niño, 2005, OG n.º 6, párr. 92). Esto se debe complementar con la ONU, Comité de Derechos del Niño (2013, OG n.º 14, párr. 10), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. La cual tiene por objeto garantizar que los Estados parte en la Convención den efectos al interés superior del niño y lo respeten, para lo cual define los requisitos para su debida consideración, en particular en las decisiones judiciales y administrativas. Así, afirma que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, tales como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 48).

Ahora, si la prolongación de la separación se hace necesaria, se ha de velar por que el “niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares y personas con las que el niño haya tenido una relación personal estrecha), a menos que ello contravenga el interés superior del niño” (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 65). El Comité aclara que este derecho del niño a mantener una relación directa con sus padres separados se trata de un derecho aplicable no solo respecto de los padres biológicos, sino también a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha (ONU, Comité de Derechos del Niño, 2013, OG n.º 14, párr. 60). En el mismo sentido, la OG conjunta del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares n.º 4, párr. 27, 2017 y del Comité de los Derechos del Niño n.º 23, párr. 27, 2017 dice que: “[...] el término ‘padres’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”.

Si tras la ponderación de las circunstancias se decide a favor de la reunificación familiar en el Estado de acogida, mientras se resuelve su situación como inmigrantes y se evalúa cuáles son los intereses superiores de los niños, la necesidad de mantener unida a la familia no es una razón válida que justifique la privación de libertad de un niño. Cuando el interés superior de este exija que se mantenga a la familia unida, la exigencia imperativa de no privar al niño de la libertad se hace extensiva a los padres del niño y requiere que las autoridades elijan soluciones para toda la familia que no entrañen custodia (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 11).

Al contrario, la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración. Así, los Comités recomiendan a los Estados que faciliten vías para la regularización de los migrantes en situación irregular que residan con sus hijos, en particular cuando ha nacido un hijo o cuando un hijo ha vivido en el país de destino durante un largo período de tiempo, o cuando el retorno al país de origen de uno de los progenitores iría contra el interés superior del niño (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 29). Con todo, si el país de destino no autoriza la reunificación familiar al niño o a su familia, debe proporcionar información detallada al niño, de una manera apropiada a su edad y su condición, acerca de las razones de la negativa y del derecho que tiene a recurrir (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 35).

Por otra parte, es posible exigir determinados requisitos para ejercitar la reunificación familiar, tales como el haber permanecido un tiempo mínimo en el país en que se encuentra o acreditar que dispone de los medios económicos necesarios para mantener a los reagrupados. Luego, los Comités son conscientes de que la falta de recursos financieros a menudo obstaculiza el ejercicio del derecho a la reunificación familiar y de que la falta de pruebas en cuanto a unos ingresos familiares suficientes puede constituir un obstáculo para la reunión. Se alienta a los Estados a que proporcionen un apoyo financiero adecuado y otros servicios sociales a esos niños y sus padres, hermanos y, cuando proceda, otros familiares (Organización de las Naciones, 2017, OG conjunta n.º 4 y 23, párr. 38).

1.2. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Por su parte, en el ámbito regional de protección de los derechos humanos, la CADH 1969, en su artículo 17 se refiere a la protección a la familia. En consecuencia, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, debido a la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada.

En la consecución de ese fin, el Estado debe analizar las circunstancias particulares de cada caso, referidas a: a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor o de su familia con el país receptor; b) la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende deportar; c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive el niño, así como el tiempo que el niño ha permanecido en esta unidad familiar; y d) el alcance de la perturbación en la vida diaria del niño si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión de una persona a cargo del niño, de forma tal que se ponderen estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior de la niña o niño en relación con el interés público imperativo que su busca proteger. De este modo, la Corte ha mantenido que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. Por consiguiente, las separaciones legales de un menor de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, serie C n.º 282, párr. 360, 414-7; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, *Caso Familia Pacheco*, serie C n.º 272, párr. 218).

En efecto, por aplicación del principio del interés superior del niño se desprende la necesidad de la unidad familiar, pues los niños son sujetos de derechos y no objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres. Por tanto, el Estado ha de tomar medidas especiales de protección orientadas en el principio del interés superior del niño, cuyo fundamento es la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, es preciso ponderar las características particulares de la situación en la que se hallen los niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, serie C n.º 282, párr. 344 y 357; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, *Caso Familia Pacheco*, serie C n.º 272, párr. 226 y 228; Ceriani, 2013).

Por su parte, la Opinión Consultiva (OC) sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, OC-21/14, Serie A n.º 21, párr. 167), señala que, en lo referente a los niños no acompañados o separados, el

derecho internacional impone sobre el Estado obligaciones específicas atendiendo a esta situación particular. Los Estados deben garantizar que el niño tenga un lugar adecuado donde alojarse; priorizando soluciones basadas en la familia o la comunidad antes que la institucionalización. Los Estados se encuentran, además, obligados a adoptar las medidas necesarias tendientes a la determinación de la identidad y composición familiar del niño en tal situación; localizar a su familia y propender a su reunificación familiar; teniendo en cuenta su opinión e interés superior, y velar por la repatriación voluntaria y segura a su país de origen. En caso de no ser posible esto último, otras soluciones duraderas debieran tenerse en cuenta.

2. Examen de compatibilidad entre el estándar internacional sobre reunificación familiar y la legislación chilena

Los Estados que han contraído obligaciones internacionales de respeto de los derechos humanos, deben procurar una armonización con el ordenamiento jurídico interno, pues la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos no se limita a evitar la concurrencia de conductas transgresoras de tales derechos, sino que además implica que los Estados deben emprender acciones necesarias para su ejercicio y goce. Entre estas acciones positivas se incluye la revisión de la legislación interna con el propósito de eliminar las discrepancias que puedan existir entre ellas y las normas internacionales, pues es el derecho interno el encargado de disolver los obstáculos que pueda encontrar la implementación de las obligaciones provenientes del Derecho internacional. En efecto, el principio de la imposibilidad de invocar el derecho interno para eludir las obligaciones internacionales asumidas por un Estado (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, art. 27) se traduce en el deber del Estado de armonizar la legislación interna con el orden internacional, lo cual ha sido recogido a nivel convencional universal y regional (ONU, PIDCP, 1969, art. 2.2, 1966; CADH, art. 2; Díaz, 2015). Pero, la ley chilena sobre migraciones es de antigua data y concebida bajo un paradigma en el cual predomina la seguridad nacional, en consecuencia, se refiere, principalmente, a las normas relativas a ingreso y permanencia en el país de extranjeros, tipos de visados, infracciones, sanciones administrativas y causales de expulsión, y carece del reconocimiento de los derechos de las personas migrantes en consonancia con los cánones desarrollados en el derecho internacional de los derechos humanos, por tanto, no responde a los parámetros que debiera considerar un Estado democrático parte de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (Díaz, 2016).

Así, en materia de protección efectiva de los derechos de las personas migrantes, especial atención requieren los parámetros internacionales revisados en el apartado anterior sobre protección de la familia en el contexto de procesos

administrativos de expulsión. Si bien la Constitución chilena reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad como base de la institucionalidad chilena (artículo 1° inciso 2°), aún no se verifica en plenitud una adecuación al estándar internacional, en tanto la ley migratoria no recoge un enfoque de derechos humanos, por lo que omite referencia expresa a sus derechos (Díaz, 2016; Domínguez Valverde, 2016; Bassa y Torres, 2015). En efecto, es posible observar una falta de reconocimiento expreso de la protección de la familia, la unidad o reunificación familiar y el interés superior del niño como principios y parámetros relevantes para decidir sobre la expulsión de una persona.

Luego, es pertinente destacar que el texto del proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín n.º 8970-06) aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados (Legislatura 366, sesión 126, Oficio n° 14.470 de 16 de enero de 2019), y que se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado con su discusión general aprobada (Legislatura 367, sesión 40, Diario de sesiones del Senado, de 13 de agosto de 2019), este incluye un listado de derechos de los extranjeros con el expreso objeto de promover el respeto y garantía de los derechos humanos de los extranjeros que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria (artículo 3). Así, refiere expresamente al interés superior del niño (artículo 4) y a la reunificación familiar (artículo 19) -aunque solo respecto de quienes ya han adquirido la categoría migratoria de residentes-, con expresa referencia a las obligaciones establecidas en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículos 3, 4, 21), además de precisar que la normativa migratoria se interpretará conforme a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos (artículo 10) y el principio *pro homine* (artículo 11). Además, se destaca que dispone expresamente como criterio de ponderación a considerar por la administración al fundamentar la dictación de una medida de expulsión, a la unidad familiar (artículo 125). También, tratándose de la medida de privación de libertad para asegurar la ejecución de la expulsión, expresamente se dispone en el artículo 131 que en ningún caso se aplicará a niños. Por tanto, se observa que se encuentra en una mayor armonización con los estándares interamericanos de protección de las personas migrantes en comparación con el DL 1094 en actual vigencia.

En cuanto a los menores no acompañados, el proyecto, establece que no podrán ser expulsados, sino que dispone de un procedimiento de retorno asistido en el artículo 128, el cual privilegiará el interés superior del niño, el derecho a ser oído, y el de no devolución, con pleno respeto a sus derechos y garantías consagrados en la Constitución y en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Procedimiento que deberá iniciarse en el plazo más breve posible, y que en ningún caso podrá superar los tres meses desde el ingreso del niño. Se le informará al niño de su situación y derechos, de los servicios a los que tiene acceso y del procedimiento de retorno al que será sometido, así como

del lugar y condiciones en que se mantendrá en el país mientras no se realice el retorno. Además, se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño de su ubicación y condiciones. Asimismo, se promoverá la búsqueda de familiares adultos, tanto en el territorio nacional, como en su país de origen, en coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño. Los niños quedarán bajo la tuición de la autoridad encargada de su protección mientras dura el procedimiento de retorno asistido y no podrá privarse de su libertad para hacer efectiva esta medida. Este mecanismo, también es un avance respecto de la actual regulación, la cual permite su expulsión en virtud del artículo 16 n.º 4 del DL 1094. No obstante, se deja constancia de la existencia de una visa temporaria para niños con independencia de la situación migratoria de sus padres o que se encuentren en situación de no estar acompañados por ellos (DEM, Circular n.º 16, 26 julio 2017). Además, la Circular n.º 30722, 10 septiembre 2014, asevera que “bajo ninguna circunstancia y en ningún caso se debe sancionar a un menor de edad con la medida de expulsión del país”.

3. Jurisprudencia chilena sobre amparos en reclamación de órdenes de expulsión de extranjeros: especial referencia a la aplicación de la CDN

La CDN, aplicable en virtud del artículo 5 inciso 2º de la Constitución Política de la República, ha sido expresamente invocada por los tribunales de justicia chilenos en acciones de amparo del período que cubre la muestra en casos de extranjeros sujetos a expulsión, especialmente tratándose de los artículos 3 (interés superior del niño), 7 (derecho a adquirir una nacionalidad y a ser cuidado por sus padres), 8 (derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad y las relaciones familiares) y 9 (no separación de sus padres). Los 39 casos que se refieren expresamente a la Convención se circunscriben en tres causales de expulsión, dos de ellas imperativas de aplicación para la administración y una de aplicación facultativa (ver Tabla n.º 5. Se previene que en período 2008-12 no se presentan casos de aplicación directa de la CDN en amparos acogidos dejando sin efecto órdenes de expulsión).

Tabla 5. Distribución de casos que aplican la CDN, de acuerdo con la causal legal que funda la medida de expulsión, período 2013-18

Causal facultativa	Causal imperativa por infracción migratoria	Causal imperativa por revocación de permiso de residencia
29	5	5

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de datos obtenidos mediante requerimiento de información presentado el 9 de mayo de 2018 en la Dirección de Comunicaciones de la Corte Suprema de Chile.

La causal de expulsión facultativa es la de mayor ocurrencia dentro de la muestra, representando un 74 % de los casos y consiste, de conformidad al artículo 17 n.º 2 del DL 1094, en extranjeros que durante su residencia incurran en algún acto de tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. Esta causal incluye una amplia discrecionalidad por parte de la autoridad administrativa, pues qué se entenderá por “moral o buenas costumbres”. Así, en el proceso de aplicación de esta causa legal, el órgano administrativo debe apreciar los hechos que rodean la situación para determinar si es posible la subsunción del hecho concreto a la norma. En este ámbito, late siempre la amenaza de que se utilice a la causal legal como fuente legitimadora de la arbitrariedad; ello justifica la revisión de los actos administrativos por parte de los tribunales (Ponce de León, 2018).

Luego, las causales imperativas de expulsión consisten en dos hipótesis distintas, una referida a aquellos extranjeros que son sancionados con motivo de una infracción migratoria consistente en ingreso al país o intento de egreso de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 68); o bien, extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, con o sin concurrencia de causales de impedimento o prohibición de ingreso (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 69). La otra causal imperativa de expulsión se refiere a aquellos extranjeros cuyo permiso de residencia ha sido revocado (Ministerio del Interior, 1975, Decreto Ley 1094, art. 67), siendo esta revocación de permiso de residencia facultativa si quedan comprendidos en algunos de los casos listados en el art. 64, Ministerio del Interior (1975), Decreto Ley 1094:

(n.º 1) Condenados en Chile por crimen o simple delito.

(n.º 2) Hagan declaraciones falsas al efectuar cualquier gestión ante las autoridades;

(n.º 3) Realicen actos que puedan significar molestias para algún país con el cual Chile mantenga relaciones diplomáticas o para sus gobernantes;

(n.º 4) Queden comprendidos en los Nos 4 o 5 del art. 15, con posterioridad a su ingreso a Chile. Esto es: si no tienen o no pueden ejercer profesión u oficio, o carecen de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social; sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional;

(n.º 5) Infrinjan las prohibiciones o no cumplan las obligaciones impuestas;

(n.º 6) No observen las normas, sobre plazos establecidos en este decreto ley y su reglamento, para impetrar el respectivo beneficio;

- (n.º 7) Los residentes sujetos a contrato que por su culpa dieron lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo, y
 (n.º 8) Los que no cumplan con sus obligaciones tributarias.

Asimismo, podrán rechazarse las peticiones por razones de conveniencia o utilidad nacionales.

En cuanto a la aplicación de la CDN, se observan dos modalidades de incorporación por parte de los tribunales, la mayor parte de las veces, representando un 72 % de los casos, es utilizada como argumento complementario para acoger el amparo (*obiter dictum*), en contraste en un 28 % de los casos, en los cuales el uso de la CDN es dentro de la *ratio decidendi* o motivo principal para acoger el amparo, pues se la considera como parámetro para medir la razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria.

3.1. Casos de incorporación de la CDN como *obiter dictum*

En los casos en los cuales el uso de la CDN es parte de las consideraciones complementarias o adicionales (72 % de los casos), se alude al interés superior del niño como derrotero *sine qua non* en todos los asuntos y decisiones en que deban intervenir las autoridades y órganos públicos, entre los cuales ciertamente los tribunales, nunca habrán de decidir sin considerarlo. Luego, este interés se concreta en atención al artículo 9 de la CDN, el cual “obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres”. Si bien la expulsión tiene como sujeto exclusivo al extranjero, lo que no quiere decir que su consumación conlleve la disgregación de su matrimonio y de su paternidad; son elementos que se deben considerar para decidir sobre mantener una sanción que por otros motivos principales sería improcedente. Si además los hijos del extranjero sujeto a la medida de expulsión tienen la nacionalidad chilena, no solo implicaría la separación con sus padres sujetos a la medida de expulsión, sino que además afectaría la identidad familiar y nacional del niño (Corte Suprema, 2013, rol n.º 66, párr. 6; rol n.º 3057-2013, párr. 6; rol n.º 3694-2015, párr. 6-8; rol n.º 5277-2015, voto de prevención del magistrado Dolmestch; rol n.º 33257-2016, párr. 4º; rol n.º 50031-2016, párr. 3; rol n.º 19208-2017, párr. 4; rol n.º 37229-2017, párr. 5; CAS (Corte de Apelaciones de Santiago), rol n.º 803-2017, de forma similar, aludiendo en párr. 7 al “principio de corresponsabilidad parental, que se traduce en la obligación del Estado de garantizar el derecho del adolescente a permanecer y ser cuidado por ambos padres hasta que alcance la mayoría de edad”).

Luego, los motivos principales para acoger los amparos han sido, respecto de la causal facultativa del art. 17 n.º 2 del DL 1094:

a). *La desproporcionalidad de la medida.*

a.1) *Por falta de habitualidad del delito.* Así, la desproporcionalidad de la medida se verifica en aquellos casos en los cuales el hecho ilícito es aislado, sin constituir una habitualidad de la conducta, tal como lo exige el artículo 15 n.º 2 al indicar: “*Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas*” (el subrayado es nuestro) (Corte de Apelaciones de Santiago, 2013, rol n.º 1244, párr. 5- 6; Corte Suprema, 2013, rol n.º 13038, párr. 4-6).

a.2) *Por falta de gravedad del delito para tener la entidad de los descritos en el artículo 15 n.º 2 del DL 1094.* También, la medida de expulsión se entiende desproporcionada en relación con los tipos penales que constituyen un simple delito, los cuales no tienen la misma gravedad y entidad de los enumerados en el referido numeral (Corte Suprema, 2013, rol n.º 66, párr. 3-5 (delito de hurto); Corte Suprema, 2013, rol n.º 3057-, párr. 3-5 (infracción a la Ley de Propiedad Intelectual)).

a.3) *Por ser el delito un único reproche, encontrándose la sanción cumplida.* Además, a partir del 2018, fallos de la CS, en los cuales, en interpretación de la concurrencia de la causal legal del artículo 15 n.º 2 del DL 1094, y la frase “ejecuten actos contrarios a la moral o las buenas costumbres”, afirma se trata de conceptos jurídicos indeterminados a los que la autoridad debe otorgar contenido, y que el fundamento de una medida de expulsión se desvanece si el acto delictual “es el único reproche que se atribuye al amparado, cuya sanción penal ha sido íntegramente cumplida” (Corte Suprema, 2018, rol n.º 2268, párr. 2; rol n.º 2269-2018, párr. 2; rol n.º 2540-2018, párr. 2) (además, en este caso “los ilícitos acaecieron hace más de una década” y el decreto de expulsión data de 2009, por lo que la Corte afirma también, párr. 4, que, “la inejecución de la medida de expulsión, que data de mayo de 2009, supone aceptación por la autoridad administrativa de la permanencia del recurrente en el país”).

b) *La falta de un debido proceso en la instancia administrativa de reclamación.* El año 2015, resulta interesante fallo de la Corte de Apelaciones de Iquique, el cual incluye como razonamiento adicional, alusión a la falta de un debido proceso en la sede administrativa:

aun cuando se trata de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento (...) el principio del debido proceso no se satisface si el amparado no ha contado con asistencia letrada, oportuna -desde la primera etapa del procedimiento de expulsión. Idónea, técnica, accesible y en un proceso contradictorio, fuera de naturaleza administrativa o judicial. (Corte de Apelaciones de Iquique, 2015, Rol n.º 70-, párr. 5)

c) *La falta oportunidad de la medida de expulsión.* Jurisprudencia a partir del año 2017, considerando la data de la comisión del delito (Corte Suprema, 2017, rol n.º 12208 (el delito que fundaba la causal de expulsión invocada por la Admi-

nistración data del año 2009), párr. 4; rol n.º 16754-2017 (delito de data 2013), párr. 3; CAS, rol n.º 31-2016 (delito data 2007), párr. 5).

Respecto de la causal de expulsión imperativa por comisión de delito migratorio (artículo 68 o 69 DL 1094), los motivos principales para acoger los amparos han sido, la arbitrariedad de la medida por falta de fundamento ya sea por haber existido sobreseimiento definitivo del delito migratorio (Corte Suprema, 2013, rol n.º 6693, párr. 2-4), o extinción de la responsabilidad penal por desistimiento de la acción (Corte Suprema, 2014, rol n.º 7804, párr. 2-5; rol n.º 9081-2014, párr. 4-6. CAS, rol n.º 284-2018, párr. 3-6).

Finalmente, respecto de casos analizados que versan sobre causales de expulsión imperativas por revocación del permiso de residencia, siendo esta revocación facultativa, el motivo principal para acoger el amparo, en uno de los casos, es la desproporcionalidad y falta de justificación de la decisión de rechazo del permiso de residencia. Se trataba de un caso de solicitud de permiso de residencia sujeto a contrato de trabajo, por tener antecedentes penales en su país de origen, consistente en un delito de hurto calificado sancionado con 24 meses de prisión, cometido hace 9 años. La CS considera a la CDN como *obiter dictum*, en tanto, el extranjero tiene en Chile a su cónyuge e hijas, todas de nacionalidad colombiana, la primera con visa permanente sujeta a contrato de trabajo y las niñas insertas en el sistema escolar. En este caso el rechazo de la visa se funda por tener el extranjero, antecedentes penales en país de origen de antigua data, por lo que la Corte Suprema (2013, rol n.º 3436, párr. 2-3), estima que el rechazo facultativo de la visa es injustificado:

[E]l solicitante ha ingresado en forma legal al territorio nacional y no es sujeto de persecución penal alguna, por lo que no es posible colegir, sin prueba suficiente, que de permanecer en el territorio nacional ejecute alguna conducta ilícita o inconveniente para la nación. La autoridad ha invocado “razones de conveniencia y utilidad nacional”, cláusula general, que exige mirar las características del caso específico. El recurrente registra condena en su país de origen, delito común, no de aquellos del artículo 15 N° 2 del D.L. 1094, de una antigüedad de 9 años, donde no es requerido por autoridad judicial alguna en su país. Luego, nada hay pendiente sobre la materia. (Corte Suprema, 2013, rol n.º 3436, párr. 2-3)

En los otros casos, teniendo el extranjero permiso de residencia definitiva de larga data (Corte Suprema, 2015, rol n.º 5277, párr. 3; rol n.º **50031-2016**, párr. 1-2) o calidad de refugiado (Corte Suprema, 2017, rol n.º 30361, párr. 7), estos no habían sido revocados previamente a la dictación del decreto de expulsión, por lo que es el motivo principal para acoger el amparo, ya que aún son titulares de tales permisos y al no haber sido revocados, restan mérito a la justificación de la orden

de salida forzosa, en cuanto pretenden expulsar del territorio a una persona que está autorizada por el Estado para mantenerse en Chile sin limitación en el tiempo.

3.2. Casos de incorporación de la CDN en la *ratio decidendi*

En el 28 % de los casos, la CDN ya no se cita como un argumento en adición, sino se la considera en la *ratio decidendi* como un parámetro para medir la razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión administrativa de expulsión no arbitraria, en el contexto de la aplicación de una causal de expulsión facultativa como lo es la del artículo 17 en relación con el artículo 15 n.º 2 del DL 1094. Así, la CS, afirma que, a diferencia de las causales de expulsión imperativas, en las facultativas la autoridad administrativa para decidir si ejerce o no la facultad, ha de ponderar otros elementos diversos a los que el propio precepto enumera, entre estos, la protección de la familia del extranjero sujeto a la medida de expulsión. La legalidad de la decisión de expulsión requiere de un análisis sustancial de los antecedentes por sobre la constatación de la concurrencia de una mera legalidad formal, la adopción de la medida no puede ser fruto de la arbitrariedad del agente estatal, contra quien se dirige la acción constitucional de amparo, por lo que se debe verificar la razonabilidad, proporcionalidad y motivación del acto impugnado, sin desatender las circunstancias familiares del amparado (Corte de Apelaciones de Temuco, 2015, rol n.º 1171, párr. 3-9; Corte de Apelaciones de Iquique, 2016, rol n.º 139, párr. 4; Corte de Apelaciones de Arica, 2017, rol n.º 196, párr. 5-10; Corte Suprema, 2013, rol n.º 6366, párr. 3-4; rol n.º 6649-2013, párr. 4-5; rol n.º 2309-2015, párr. 6-8; rol n.º 5276-2015, párr. 3-5; rol n.º 50010-2016, párr. 7; rol n.º 1152-2018, párr. 3).

Lo propio tratándose de la causal imperativa de expulsión por comisión de delito migratorio, la CDN se utiliza en la *ratio decidendi* como parámetro de evaluación de la pertinencia de la medida, pues habiendo desistimiento de la acción y habiéndose consecuentemente extinguido la responsabilidad penal, el acto administrativo debe revisar las circunstancias familiares del amparado (Corte Suprema, 2015, rol n.º 12356, párr. 3-4).

Finalmente, respecto de casos analizados que versan sobre causales de expulsión imperativas por revocación del permiso de residencia, siendo esta revocación facultativa, la CDN se utiliza en la *ratio decidendi* como parámetro para evaluar la razonabilidad y motivación de la revocación facultativa del permiso de residencia. Así, la medida de revocación de la visa es desproporcionada y carente de motivación, si no considera la protección de la familia y el deber de no separación del niño con sus padres (CDN, art. 9.1) (Corte de Apelaciones de Temuco, 2015, rol n.º 497, párr. 3-7).

Conclusiones

1. El derecho a la reunificación familiar entendido como el derecho de los extranjeros a mantener la unidad de su familia en el país al que se han desplazado no se encuentra expresamente establecido en el derecho internacional convencional, pues ello implicaría escindir el principio de soberanía que permite a cada Estado regular la entrada y permanencia de extranjeros dentro de sus fronteras. Sin embargo, diversos tratados internacionales de derechos humanos aplicables en materia de migración, tales como el ONU, PIDCP 1966, la CDN 1989, la CTMF 1990, la CADH 1969, consagran a la familia como elemento esencial y básico de la sociedad, el cual es objeto de especial protección, por tanto, los Estados no pueden expulsar a los extranjeros, aún fundados en alguna causal legal, de conformidad a sus respectivas normativas de regulación del derecho de extranjería, de manera discriminatoria o arbitraria. Si la reunificación familiar se invoca para ingresar o para no ser expulsado, la autoridad debe realizar una ponderación de las circunstancias familiares del afectado versus la motivación de la medida. Ahora si son miembros de esta familia, niños menores de edad, especial consideración reviste la CDN, pues en este caso lo que prima es el interés superior del niño.
2. La Constitución de la República de Chile reconoce como base de la institucionalidad a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, sin embargo, la anacrónica ley de migraciones vigente no incorpora alusión a los derechos de los extranjeros en situación de expulsión, ni a la protección de la familia, o a la unidad familiar o interés superior del niño como parámetros a considerar para decidir sobre una expulsión. Esto es una evidencia de la obsolescencia de esta norma, la cual no se encuentra adecuada a los compromisos internacionales asumidos por Chile mediante ratificación y puesta en vigencia interna de los tratados internacionales sobre derechos humanos aplicables en la materia. Luego, en relación con el proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso, este avanza en el enfoque de derechos humanos incorporando explícitamente normas en relación con los principios de la unidad familiar y el interés superior del niño; sin embargo, la reunificación familiar se reconoce de manera estricta, solo respecto de aquellos extranjeros que posean la categoría migratoria de residentes. Además, en el caso de los menores migrantes no acompañados separados de su familia la cual se encuentra en el Estado de origen, contempla el inicio inmediato de un proceso de retorno asistido, sin caber la posibilidad de evaluar la reunificación familiar en Chile o, al menos, evaluar si está devolución atenta contra el interés superior del niño.
3. El Estado de Chile es parte del sistema universal de protección de los derechos humanos, como Estado miembro de las Naciones Unidas y al haber ratificado y puesto en vigencia interna la CDN, sus tribunales de justicia como

órganos del Estado deben incorporar el estándar internacional de unidad familiar e interés superior del niño en caso de que uno o ambos padres de los niños queden sujetos a una medida de deportación. La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilena hace un lustro aplican la CDN en casos de amparos que revisan la restricción de libertad de extranjeros en virtud de órdenes de expulsión. En el 72 % de los casos analizados el uso de la Convención es como argumento complementario a otro principal, solamente en el 28 % restante se aplica de forma directa, considerando la protección de la familia y el interés superior del niño como parámetro de evaluación de la razonabilidad, proporcionalidad o motivación de la medida de expulsión, o bien se utiliza como parámetro de evaluación de la pertinencia de la revocación del permiso de residencia, pues siendo esta determinación facultativa, ha de revisarse su justificación y proporcionalidad. En caso de expulsión de uno o ambos padres de un niño, en virtud de los principios del interés superior del niño y de la unidad familiar, se deben al menos analizar el tiempo de estadía en el Estado receptor, los lazos familiares -tipo de relación, tiempo y ejercicio de estos-, la nacionalidad de los miembros de la familia del extranjero sujeto a la medida de expulsión, y la perturbación que se causaría en la vida diaria del niño si se tuviera que separar de su padre o acompañarlo fuera del país. Es fundamental reconocer a los niños como sujetos de derecho independiente de sus padres, su derecho a expresar su opinión y a que esta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan, sin importar el estatus migratorio de sus padres, pues su interés se ve afectado si con la expulsión se produce la separación con uno de sus padres y, por tanto, su identidad familiar. Ahora, si los niños, tienen la nacionalidad chilena, si tuviesen que acompañar fuera del territorio nacional a su padre sujeto a la medida de expulsión, se vería, además, vulnerada su identidad nacional.

Referencias bibliográficas

- Aleinikoff, T. (2002). *Diálogo Internacional sobre la Migración n° 3. Un análisis sobre normas jurídicas internacionales y migración*. Ginebra: OIM.
- Arlettaz, F. (2016). La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49(145), 13-45.
- Bassa, J. y Torres, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, 13(2), 103-124.
- Ceriani, P. (2013). Entrada y permanencia de migrantes: notas críticas desde un enfoque de derechos. En H. De la Fuente (ed.), *Le Monde diplomatique, Migraciones. Conferencia Internacional sobre Migraciones y Derechos Humanos: Estándares y prácticas* (pp. 15-21). Chile: Editorial Aún creemos en los sueños.

- Chile, Corte de Apelaciones de Arica, (2017) rol n.º 196.
- Chile, Corte de Apelaciones de Iquique, (2015) rol n.º 70.
- Chile, Corte de Apelaciones de Iquique, (2016) rol n.º 139.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, (2013) rol n.º 1244.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, (2016) rol n.º 31.
- Chile, Corte de Apelaciones de Santiago, (2018) rol n.º 284.
- Chile, Corte de Apelaciones de Temuco, (2015) rol n.º 1171.
- Chile. Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley Nº 1094. Establece normas sobre extranjeros en Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*. Serie C n.º 272, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Serie C n.º 282, 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Serie A n.º 21, 2014.
- Chile. Constitución Política de la República de Chile. (1980). Constitución Política de la República de Chile.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 66.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 3057.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 6366.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 6649.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 13038.
- Chile, Corte Suprema, (2013). rol n.º 3436.
- Chile, Corte Suprema, (2014). rol n.º 7804.
- Chile, Corte Suprema, (2014). rol n.º 9081.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 2309.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 3694.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 5276.
- Chile, Corte Suprema, (2015). rol n.º 5277.
- Chile, Corte Suprema, (2016). rol n.º 33257.
- Chile, Corte Suprema, (2016). rol n.º 50010.
- Chile, Corte Suprema, (2016). rol n.º 50031.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 12208.

- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 6754.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 19208.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 30361.
- Chile, Corte Suprema, (2017). rol n.º 37229.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 1152.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 2268.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 2269.
- Chile, Corte Suprema, (2018). rol n.º 2540.
- Díaz, R.I. (2015). *Aplicación del ius cogens en el ordenamiento jurídico interno*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Díaz, R.I. (2016). Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 179-220.
- Domínguez Valverde, C.A. (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 189-217.
- Fernández, P. (2001). El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros. *Derecho y conocimiento*, 1, 375-394.
- Goic, J. M. (2004). El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes. *UNED. Teoría y realidad constitucional*, 14(2), 239-271.
- Nash, C. (2013). El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En H. Nogueira Alcalá (ed.), *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad* (pp. 155-199). Santiago, Chile: Librotecnia.
- Nash, C. y Núñez, C. (2017). Los usos del derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. *Estudios Constitucionales* 15(1), 15-54.
- Núñez, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos* 11, 157-169.
- O'Donnell, D. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México D.F.: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Editorial Tierra Firme.
- Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos del Niño. (2005). *Observación General n.º 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 2005* (Documento CRC/GC/2005/6).

- Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f2005%2f6&Lang=en
- Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos del Niño (2013). *Observación General n.º 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 2013* (Documento CRC/C/GC/14). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fGC%2f14&Lang=en
- Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos Humanos. (1986). *Observación General n.º 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986* (Documento HRI/GEN/1/Rev.9). Recuperado de [https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9\(Vol.II\)](https://undocs.org/es/HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II))
- Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité de Derechos Humanos. (1990). *Observación General n.º 15. La familia (artículo 23), 1990*. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en
- Organización de las Naciones Unidas, ONU, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y Comité de los Derechos del Niño. (2017). *Observación general conjunta n.º 4, 2017 y n.º 23, 2017, respectivamente. sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno* (Documento CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23). Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CMW%2fC%2fGC%2f4&Lang=en
- Organización de las Naciones Unidas ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2015). *Recomendación General XXX. La discriminación contra los no ciudadanos*. Recuperado de
- ONU, PIDCP. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Ponce de León, S. (2018). ¿Existe clara distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa? En E. Soto (ed.), *El Derecho Administrativo y la Protección de las Personas* (pp. 61-77). Santiago: Ediciones UC.