



**Magister en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal
Constitucional**

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Talca

**Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional con
Mención en Derecho Procesal Constitucional**

**Tema: La unidad familiar en el contexto de los migrantes en situación
irregular en la práctica jurisdiccional de la Corte Suprema.**

Tesista: Helen Rodríguez Irrazábal

Director de Tesis: Gonzalo Aguilar Cavallo

Santiago

Junio 2019.

Índice

Índice

| | |
|--|----|
| Introducción | 3 |
| Capítulo 1: La naturaleza jurídica y contenido de la unidad familiar..... | 5 |
| 1.1 Conceptualización y caracterización de la unidad familiar en contexto de migrantes en situación irregular..... | 5 |
| 1.1.1. Concepto de familia..... | 10 |
| 1.1.2 Concepto de migración irregular..... | 12 |
| 1.2 Fuentes de la unidad familiar (como derecho implícito) y el bloque de constitucionalidad..... | 13 |
| Capítulo 2º: La práctica jurisdiccional nacional de la Corte Suprema sobre la unidad familiar, respecto de migrantes irregulares..... | 18 |
| 2.1. Practica jurisdiccional en Chile antes del 2015..... | 20 |
| 2.2. Practica jurisdiccional en Chile después del 2015..... | 24 |
| Conclusiones | 30 |
| Referencias Bibliográficas | 32 |

INTRODUCCION

En los últimos años, se ha podido apreciar un aumento exponencial en el número de personas extranjeras residentes en nuestro país. Así lo demuestra el último censo realizado el año 2017, el cual arrojó que hay 746.465¹ personas extranjeras que se encuentran en situación regular, y que otras 300.000 aproximadamente se encontrarían en una situación irregular.

Lo anterior ha provocado un aumento en los márgenes de desigualdad² en la interculturalidad existente en nuestro país,³ debido a la mundialización de la migración en correlato con la globalización,⁴ concepto que recoge múltiples y a veces disímiles fenómenos sociales que no tienen fácil explicación,⁵ toda vez que en su mayoría las personas o grupos familiares que han debido migrar por las situaciones económicas que sufren en sus países y falta de recursos⁶, también lo han hecho como sobrevivencia económica familiar,⁷ lo que afecta sus proyectos de vida⁸. La integración en la sociedad receptora se ha hecho menos lineal, a su vez las políticas restrictivas han proliferado⁹, fenómeno¹⁰ que cada día se acrecienta más.

Del censo realizado y otros estudios¹¹ que se han encargado de conocer la realidad de los extranjeros en nuestro país, se desprende que existen bajos estándares de protección de los derechos de las personas migrantes en Chile,¹² especialmente de aquellos que se encuentran en situación irregular debido a su natural vulnerabilidad respecto del resto de la población nacional¹³ por lo que ha sido necesario por el poder judicial implementar e interpretar las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), para poder tomar medidas que amplíen la protección de sus derechos fundamentales, lo anterior debido a que no existe una equiparación entre extranjeros y nacionales¹⁴, no otorgando las mismas oportunidades, olvidando el respeto por uno de los pilares fundamentales del sistema político y democrático, el cual es la protección a la dignidad humana.¹⁵

1 http://www.censo2017.cl/wpcontent/uploads/2018/05/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017.

2 Martín (2007) pp. 55-66.

3 Giménez (2015) pp. 48-68.

4 Arango (2004) pp. 1-21.

5 Mora (2008) pp. 285-297.

6 Landero (2015) pp. 139.

7 Mora (2009) pp. 128-143.

8 Liwski (2008) pp. 83-91.

9 Arango (2010), pp. 33-47.

10 Santolaya (2004) p. 144.

11 Informe temático (2016).

12 Bassa (2015) pp. 103.

13 Brumat (2011) pp. 4.

14 Arletaz (2018) pp. 281.

15 Díaz (2013) pp. 393-417.

A su vez el Estado chileno a parecido olvidar que en el ámbito interno no reconoce ni iguales ni superiores¹⁶.

A raíz de lo anterior el reconocimiento de la unidad familiar se ha transformado en una condición previa necesaria para que pueda tener lugar la integración de la familia migrante.¹⁷

La pregunta de investigación a lo largo de este artículo será ¿La Corte Suprema aplica la unidad familiar de manera expresa o a través de otros principios y derechos en casos relacionados con migrantes que se encuentran en situación irregular, apoyándose en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

La hipótesis ante la pregunta anteriormente formulada es: La Corte Suprema chilena aplica el principio o el derecho a la unidad familiar en casos sobre migrantes que se encuentran en situación irregular, apoyándose en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El objetivo principal de esta investigación consiste en determinar si la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aplicado el concepto de unidad familiar en el ámbito de los migrantes en situación irregular y si lo ha hecho, recurriendo para ello al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

También se podrá apreciar como objetivos específicos de este estudio los siguientes:

1. Establecer la naturaleza jurídica y contenido de la unidad familiar en el contexto de las migraciones.
2. Determinar cuáles son las fuentes de la unidad familiar de acuerdo tanto con el derecho internacional como nacional.
3. Examinar el sentido y alcance del reconocimiento de la unidad familiar en el contexto de los migrantes que se encuentran en situación irregular en la jurisprudencia de la Corte Suprema

El método utilizado corresponde al de dogmático jurídico.

Este trabajo se dividirá en dos grandes partes. La primera consistirá en la determinación de la unidad familiar, tanto su conceptualización y su caracterización, así como sus fuentes y contenido. A su vez, la segunda parte será abordada a partir de la práctica jurisdiccional en nuestro país, específicamente por la Corte Suprema con la implementación de la unidad familiar, haciendo una distinción entre los años anteriores al 2015 y posteriores a este.

¹⁶ Ayala (2007) pp. 137-154.

¹⁷ Lucas (2000) p. 8.

Capítulo 1º: La naturaleza jurídica y contenido de la unidad familiar

El presente capítulo, será abordado a partir de la conceptualización de diversas nociones necesarias para la determinación de la unidad familiar en contexto del derecho internacional de los derechos humanos, a través del establecimiento de este como derecho un implícito, pues cabe tener presente que la unidad familiar es una institución que se ha logrado posicionar como una entidad de trascendencia para la consagración y protección de ciertos derechos fundamentales especialmente de carácter social, como también para la aplicación de ciertos principios.

También, se realizará un análisis de la familia en el ámbito de la migración irregular y sus principios, en conjunto con las fuentes de la misma, específicamente a través del bloque de constitucionalidad.

1.1 Conceptualización y caracterización de la unidad familiar en contexto de migrantes en situación irregular

Hay que tener presente que el origen de la unidad familiar puede ser en el Estado en el cual nace alguno de los integrantes de la familia, así como en el Estado receptor,¹⁸ toda vez que la misma tiene su aplicación cuando los integrantes de la familia, independiente de su conformación se encuentren juntos.

Para la aplicación del criterio de la unidad familiar en el Estado receptor idealmente se requiere que este haya experimentado cierto grado de madurez como país de inmigración.¹⁹ En este sentido cuando se cuenta con una efectiva protección de los derechos humanos de los migrantes, será o no necesaria dependiendo de la política migratoria que afecta a los integrantes de la familia.²⁰

A raíz de la migración nace el principio de rotación,²¹ en que los migrantes ingresaban al país, solo por un periodo de tiempo para trabajar y volvían a su Estado de origen²² siendo esta de carácter individual.²³ Pero en virtud del concepto de unidad familiar los vínculos familiares reemplazaron a las necesidades del mercado laboral como criterios de admisión primarios²⁴ afectando a todos los implicados,²⁵ y a su vez generando una sensación de incertidumbre.²⁶ En palabras de Sami Näir, “ya no se trata sólo de una simple transferencia temporal de mano de obra, sino también, y sobre todo, de un verdadero desplazamiento de población que pretende ser duradero.”²⁷

¹⁸ Fresneda (2001) pp. 136-144.

¹⁹ Adroher (1995) p. 287.

²⁰ Pedone, Agrela y Gil (2012) pp. 541-568.

²¹ Cholewinski (1994) p. 570.

²² Perruchoud (1989) p. 512.

²³ Bajo (2003) p. 689.

²⁴ Delaet (2000) p. 14.

²⁵ Perruchoud (2011) p. 509.

²⁶ Lee (1966) p. 51.

²⁷ Nair (2001) p. 39.

Pues bien, antes de conceptualizar propiamente la unidad familiar, ha sido necesario definir derecho subjetivo, el cual puede entenderse como la potestad que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico en cuanto se dirige a un bien o interés.²⁸ También puede ser definida como exigencia de un ámbito de autonomía, que transparenta su existencia en la necesidad de que el ordenamiento sea cauce y no obstáculo a efectos de las manifestaciones iusfundamentales de la comunidad.²⁹

La naturaleza del derecho subjetivo viene determinada por tres elementos esenciales: el poder que se atribuye al titular del derecho; el reconocimiento por el Estado de ese poder y la concesión del poder, que es satisfacer un interés digno³⁰ de protección jurídica.

Los derechos subjetivos referidos por el profesor Antonio Pérez Luño son aquellos que constituyen "una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico social de nuestro tiempo[...]"³¹ Por lo cual, el concepto de derecho subjetivo "implica que existe un límite en contra de la aplicación de medidas en base a la justificación de que así se obtendrán objetivos colectivos."³²

En este estudio entenderemos por unidad familiar, sin perjuicio de las diversas acepciones que se presentaran, como "aquella que es *inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia*³³, *la que puede ser extendida generando una autentica cadena migratoria*³⁴ *y que puede provenir de la convivencia del grupo y, tratándose del fundado en el matrimonio, de aquel en el que no ha habido ruptura de ninguna especie*". Este concepto ha sido ampliamente utilizado, toda vez que se agrava el estado de vulnerabilidad, especialmente de los niños,³⁵ en su proceso de adaptación al país receptor, o incluso cuando nacen en el mismo, teniendo en consideración que se da una primacía a las políticas migratorias, a costa de la necesidad de protección de los más desprotegidos,³⁶ olvidando la humanización de la migración.³⁷

Lo anterior demuestra que las estrategias migratorias familiares son variables y flexibles³⁸, lo cual por una parte es positivo, al adaptarse a cada familia, pero también incide mucho el factor político, donde la aplicación del criterio de oportunidad o conveniencia política se produce con mayor intensidad que en otras

28 Jellinek (1919) pp.79.

29 Villacorta (2017) pp.323-337.

30 Bustos (2015) pp.1-36

31 Pérez (1995) p.34.

32 Dieterlen (1984) p.6

33 Consultas Globales sobre la protección internacional (2001)

34 Nauck y Settles (2001) p. 462.

35 Rea (2016) pp. 17-32.

36 Ortega (2015) pp. 185-221.

37 García (2016) pp. 107-133.

38 Gómez (1999) p. 69.

áreas.³⁹ Lo que han demostrado los estudio de las migraciones contemporáneas⁴⁰ y el comportamiento de todos los involucrados.⁴¹

También ha sido definida como un proyecto familiar,⁴² ya que sus integrantes pueden variar, puesto que se desprende que la familia es una institución que no solo abarca a las personas que tienen hijos, sino que también al conjunto de vínculos que se forman a partir de esta,⁴³ elevándose los estándares internacionales por sobre las democracias occidentales liberales⁴⁴ asentadas históricamente sobre la base del respeto estatal a los derechos individuales⁴⁵, toda vez que la unidad familiar constituye también un mecanismo de protección⁴⁶.

A su vez, la unidad familiar ha sido considerada como una de las dimensiones claves para los procesos de integración⁴⁷ para la promoción del bienestar y estabilidad emocional de la misma, y con ello su adaptación y participación en la nueva sociedad.⁴⁸

Asimismo, la unidad familiar ha sido definida por la Corte Constitucional de Colombia, indicando que esta " ... no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comunidad, -así sea materialmente separada, que deba perseguir, aún en reducidos rangos-la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido "sólo cuando los cónyuges viven unidos, de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella".⁴⁹ El concepto anterior, comprende tanto la unidad familiar cuando existe matrimonio, como cuando no, el cual es bastante amplio. Tampoco se hace un distinguo respecto de su ámbito de aplicación en cuanto a migración, por lo que se subentiende que se aplica tanto a migrantes regulares como irregulares.

³⁹ Vidal (2002) p. 42.

⁴⁰ González (2005) pp. 7, 12 y 13.

⁴¹ Boyd (1989) p. 642.

⁴² López (2005) p. 58.

⁴³ Cienfuegos (2011) pp. 146-173.

⁴⁴ De hecho, la mayoría de los autores ciñen sus análisis a las políticas migratorias implementadas por los países liberales receptores y que, por tanto, cuentan con instituciones y procesos democráticos liberales. A modo de ejemplo, Freeman señala que los "Estados no liberales no están sujetos por las mismas limitaciones políticas y constitucionales", por lo que no le son de aplicación las consideraciones tradicionales en torno a las restricciones que éstos experimentan a la hora de ejecutar políticas de contención y restricción migratoria. Freeman (1994) p. 19.

⁴⁵ Hollifield (1992) pp. 3-42.

⁴⁶ Sánchez (2011) pp. 79-104.

⁴⁷ Giménez (2003) p. 196. En idéntico sentido se pronuncia la Comisión Europea: "aunque el papel de la familia varía de una cultura a otra, suele ser especialmente importante en el proceso de integración, en la medida en que constituye un punto de referencia fijo para los inmigrantes en el país de acogida. A este respecto, es fundamental la reagrupación en torno al núcleo familiar". Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo. COM (2003) p. 27

⁴⁹ Sentencia Tribunal Constitucional de Colombia T-523 de septiembre 18 de 1992.

Debemos entender que la unidad familiar en contexto de migración exige que los ordenamientos de extranjería prevean fórmulas para la incorporación de familiares extranjeros que entran al país,⁵⁰ a fin de fomentar su adaptación y participación, para que finalmente se genere una repercusión positiva en el ordenamiento jurídico interno. Incluso para una mayor eficacia, la unidad familiar se podría enmarcar dentro de la categoría de los derechos de primera generación, ya que exhortan a las autoridades internas a no realizar injerencias ilegítimas en el derecho a la unidad familiar de todos los inmigrantes.⁵¹ O como bien son llamados por García Vásquez como derechos dotados de una clara proyección social.⁵²

En contexto de migración es posible diferenciar entre la situación familiar de un nacional y un extranjero, la cual puede regirse por diversos criterios y reglas y, por otra parte, se desprende que existe una regulación distinta en virtud de las diversas categorías de sujetos que pueden reunirse con su núcleo familiar, cuestión que es contraproducente.

También, resultan integrados en el derecho a la vida digna y a la salud, el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de discriminación, entre otros, y estos todos a su vez resultan inmersos en la unidad familiar, como columna nuclear de la dignidad humana.

En el ordenamiento jurídico chileno, como principal característica, se aprecia que la unidad familiar es un derecho implícito, puesto que no existe una definición expresa de la misma, teniendo una incorporación inmediata en el ordenamiento interno, entendiendo que hay ciertas normas y derechos implícitos que deben aplicarse por el solo hecho de formar parte del derecho internacional de los Derechos Humanos, aun cuando no se consagren en tratados ratificados por Chile⁵³ a través del Bloque de Constitucionalidad.

Al constituir la unidad familiar un derecho implícito, se ha señalado que los mismos al no encontrarse en un texto son normas no dictadas, pero ello no significa que sean normas no formuladas, toda vez que una norma implícita adquiere existencia cuando es formulada-no por las autoridades del ordenamiento-sino por los intérpretes,⁵⁴ ya que el mismo es el encargado de aplicar directamente la norma, se encuentre o no en un texto.

A pesar de lo anterior, existe en tramitación un proyecto de ley sobre migración y extranjería ⁵⁵el cual contempla la protección de la unidad familiar en su artículo 19 sin otorgarle definición alguna.

Es necesario hacer una distinción entre unidad familiar y reunificación familiar, dado que esta última se encuentra consagrada expresamente en nuestro

⁵⁰ Gallya (1997) p. 366.

⁵¹ García (2012) p.29.

⁵² García (2007) pp.49-94.

⁵³ Sentencia Corte Suprema, Rol N° 4691-2007, del año 2009

⁵⁴ Guastini (1999) p.357

⁵⁵ Proyecto de ley sobre migración y extranjería, boletín N°8970-06

ordenamiento jurídico⁵⁶. Desde una visión más amplia la unidad familiar es anterior a la reunificación familiar, toda vez que no existe separación entre los miembros de la misma, no así con la reunificación, en que ha existido separación entre uno o más miembros de la familia.

Tanto la unidad familiar como la reunificación familiar tienen su punto de partida, en el valor central del constitucionalismo contemporáneo y de los derechos humanos, de la familia. La Declaración Universal de Derechos Humanos comienza enunciando en su preámbulo, “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”⁵⁷

Se ha entendido que la reunificación familiar es aplicable en el contexto de refugiados a nivel internacional, aplicándose especialmente el Derecho Internacional Humanitario, mientras que la unidad familiar se aplica a la familia en términos generales, independiente de la situación migratoria de las personas, siendo un concepto más amplio de redes⁵⁸ y protección. Lo anterior fomentará la reciprocidad⁵⁹ y ayuda mutua de todo el núcleo familiar en el país de destino. Pero se podrá visualizar que la reunificación familiar a su vez incluye la unidad familiar por lo que se aprecia una constante evolución.

El propio Consejo de la Unión Europea ha señalado respecto de la reunificación familiar, con un énfasis en la unidad familiar: “la entrada y residencia a un Estado miembro de los familiares de un nacional de un tercer país que reside legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante”.⁶⁰

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo ha señalado que la unidad familiar se ha aplicado a través de la reunificación familiar toda vez que contribuye a la integración socio-económica del país al cual se integran, indicando que, “reunir a los trabajadores migrantes con sus familias es esencial para el bienestar de los mismos y para su adaptación al país de acogida.”⁶¹

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha configurado un derecho a la reagrupación familiar como parte integrante del derecho al respeto de la vida familiar, que se manifiesta “como el derecho a reunir a determinados familiares que viven en el extranjero, o incluso, el derecho de determinados familiares que viven en el extranjero a reunirse con el inmigrante que vive en otro Estado”.⁶² En este sentido, el Tribunal Europeo entiende que la unidad familiar se encuentra inmersa en la reunificación familiar, utilizándolo dentro del marco de los

⁵⁶ Ley 20.430 (2010) establece disposiciones sobre protección de refugiados.

⁵⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo.

⁵⁸ Malgesini (1998) p.96.

⁵⁹ Gurak, Douglas y Caces (2004) p. 80.

⁶⁰ Artículo 2 d). de la Directiva 2003/86/CE

⁶¹ Ezquerro (1997) p.182.

⁶² Goig (2004) p.251.

migrantes regulares. Además, el Tribunal Europeo entiende como sinónimos la reagrupación familiar y la reunificación familiar.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado desde la década de los ochenta que la unidad familiar ha sido empleada para la protección de la reunificación familiar⁶³ como derecho implícito, e incluso como pre-requisito necesario para la reunificación familiar de los extranjeros.⁶⁴ Con este fin, el análisis del TEDH se ha centrado en “determinar la existencia y la naturaleza de la vida familiar”.⁶⁵

En el ámbito doctrinal europeo, además de la unidad familiar como complemento es utilizado el principio de libertad de circulación, derivado del derecho de salir de cualquier país, incluido del propio, y del derecho de regresar al natal, pero cabe mencionar que la libertad de circulación ha sido obviada para otorgarle una mayor preponderancia a la unidad familiar o de la familia.⁶⁶

Como se puede apreciar, tanto en los tribunales internacionales europeos, como en la doctrina aún no existe consenso respecto de la conceptualización de la unidad familiar, tampoco del ámbito de su aplicación. En virtud de lo anterior se ha podido apreciar situaciones en que ha sido aplicada la unidad familiar como tal, y otras como parte de la reunificación familiar sumida en esta.

1.1.1. Concepto de familia

A continuación se manifiesta el concepto de familia,⁶⁷ el cual no se encuentra definido en texto normativo alguno, a pesar de ser señalado en la mayoría de los textos como el núcleo fundamental de la sociedad, y siendo pre existente al Estado como se podrá apreciar en los párrafos posteriores. Misma problemática ocurre en otros países al no existir una definición concreta.⁶⁸

Existen autores tal como la profesora Vera Villa que definen familia como “[e]l conjunto de personas unidos por matrimonio o por vinculación de parentesco natural o de adopción. Es la familia la institución fundada en la misma naturaleza del hombre y que por responder a las necesidades naturales, como el amor, la procreación, la asistencia, la cooperación, constituye un verdadero órgano ético y social que se ha de venir, en consecuencia regulando tanto por las normas de la religión y la moral como por los derechos.”⁶⁹

⁶³ Kraler (2010) p. 30.

⁶⁴ Arriaga (2003) p. 23. Como explica la propia autora, desde la década de los sesenta del pasado siglo, en el seno del Consejo de Europa, la Comisión comenzó a reconocer “el derecho a residir en otro país diferente al de la nacionalidad (...) como premisa del derecho al respeto de la vida familiar”.

⁶⁵ CIDH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de 31 de diciembre de 2015, parr.177.

⁶⁶ Cholewinski (2002) p. 29.

⁶⁷ Sesta (2016) pp.137.

⁶⁸ De las Casas (2014) pp. 173-186.

⁶⁹ Villa (2006) p. 95.

En este sentido, la Constitución de Perú prescribe en su artículo 4º que la comunidad y el Estado protegen a la familia⁷⁰. Es más, su Tribunal Constitucional ha señalado: (...) una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros (...) una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que esta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad.⁷¹

Por su parte la Constitución Política de Bolivia, protege a la familia en la sección VI, denominado derecho de las familias.⁷² El Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado en diversas oportunidades que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad,⁷³ e incluso dicho país tiene una protección de mayor envergadura al implementar el Código de las Familia.

Continuando en Latinoamérica, la Constitución de la Nación Argentina, estipula una protección integral de la familia, en su artículo 14 bis, y artículo 75 numerales 19,22 y 23, existiendo una amplia protección para esta institución, teniendo además en consideración el trascendente rol dentro de la sociedad, y que dichas normas funcionan como piso mínimo las cuales no pueden ser desconocidas por el orden infraconstitucional.⁷⁴

La constitución de Colombia, por su parte en su artículo 5 y 42 reconoce a la familia como institución básica de la sociedad, entendida como la célula social básica para el desarrollo social de las naciones civilizadas que cumple con las funciones más importantes de los grupos humanos.⁷⁵

La Constitución de Uruguay también aplica la protección de la familia en diversos artículos, 40, 49, 67,75 y 78, señalando que es la base de la sociedad.

Para finalizar, la Constitución Política de nuestro país, estipula en el artículo 1º: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad; obligando al Estado a su protección y propender con su fortalecimiento.

Como se puede apreciar todas las constituciones a nivel latinoamericano incluyendo nuestro país reconocen la familia sin otorgarle una definición, como una institución de carácter esencial en la sociedad, en que su reconocimiento implica su respeto a la autonomía y libertad de desarrollo para alcanzar sus finalidades, obligando al Estado a proporcionar su protección, otorgándole un tratamiento preferencial y privilegiado.⁷⁶

⁷⁰ Sevilla, Romero y Del Águila (2018) pp.1-46.

⁷¹ (TC Exp. N° 02744-2015-PA/TC, f.j. 32)

⁷² Constitución Política del Estado de Bolivia, artículos 62-66.

⁷³ Sentencia N° 0122/2016-CA de Corte Constitucional, año 2016.

⁷⁴ García (2013) pp.284-305.

⁷⁵ Alcides (2013) pp. 60-89.

⁷⁶ De la Fuente Linares (2012) pp. 60-76.

Asimismo, es positivo que las diversas constituciones comprendan el reconocimiento de pluralidad de modelos familiares, toda vez que al no existir una definición concreta, no existe limitación alguna para el ámbito de su aplicación generándose una institución más democrática, donde se trata de conciliar el interés familiar con el interés personal de sus integrantes.⁷⁷

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva un nuevo concepto de familia que estaría, a su modo de ver, protegido también por la Convención Americana, y así, citando a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, afirma:...la noción de vida familiar abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación, pues [el TEDH] consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la vida familiar”.⁷⁸ La Corte también suele tratar en conjunto el estándar de la protección a la familia y la protección a la vida privada y familiar del Art. 11.2.

1.1.2. Concepto de migración irregular

Esta ha sido definida como aquella que se presenta cuando una persona ingresa a, vive en, un país del cual no es ciudadano o ciudadana violando sus leyes y regulaciones de inmigración.⁷⁹ Dicho en otros términos es la exclusión de personas ajenas al Estado⁸⁰, y que viven al margen de las regulaciones nacionales de extranjería.

El Consejo Económico Social de Naciones Unidas define como migrantes en situación irregular a “quienes entren en un país sin la debida autorización o violen las condiciones del permiso de estancia, incluso permanencia allí después de su vencimiento. Los gobiernos pueden devolver o deportar a los extranjeros en situación irregular” (ONU, 2006: 38)

A raíz de lo anterior la percepción pública del concepto migrante irregular se ha politizado. Muchos migrantes que se encuentran en situación irregular se esfuerzan por tornarse regulares, en circunstancias que algunos gobiernos facilitan esto por medio de programas de regularización o registro. Sin embargo, hay estados que con miras a impedir la migración irregular han reforzado la seguridad fronteriza, la repatriación de migrantes en situación irregular y la restricción de los servicios sociales de que disponen,⁸¹ lo que a su vez nos cuestiona como individuos y como sociedad.

Según Giorgio Agamben,⁸² se produce un orden jurídico sin locación para los migrantes irregulares, existiendo una nueva modalidad de exclusión social

⁷⁷ Esborraz (2015) pp. 15-55.

⁷⁸ Corte IDH, Atala Riffo y niñas vs. Chile, cit., § 174.

⁷⁹ Castles (2010) pp.49-80

⁸⁰ Ortega (2014) pp. 637-686.

⁸¹ Anguiano Téllez, María Eugenia (2016) pp. 303-308

⁸² Martínez (2013) pp. 13-35.

permanente, en la que viven en que la violencia y el miedo siguen siendo vectores explicativos de la migración.⁸³

Los Estados modernos, a su vez ejercen una discriminación arbitraria con los migrantes irregulares, pues seleccionan y diferencian según los propios intereses nacionales generando también una vulneración a sus derechos fundamentales, infringiendo así sus deberes como tal.⁸⁴

Con respecto a la aplicación del principio de discriminación a los migrantes, la CIDH analiza y destaca la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse los migrantes, particularmente aquellos que se encuentran en situación irregular. Agregó que los Estados no pueden discriminar contra los migrantes o permitir que sean discriminados, pero que puede establecer diferencias de trato entre migrantes autorizados o documentados y no autorizados o indocumentados, siempre que sean razonable, objetivas, proporcionales y no lesionen derechos humanos.⁸⁵

La CIDH también ha hecho hincapié en la situación de vulnerabilidad de los migrantes indocumentados o en situación irregular y en la desprotección en la que se encuentran, retomando algunos de los desarrollos de la Opinión Consultiva-18. Esta puntualizó que la vulnerabilidad incluye una dimensión ideológica. Agregó que las aplicaciones de las políticas migratorias exigen la protección contra la discriminación y el respeto a garantías del debido proceso.⁸⁶

A su vez, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, le otorga una condición especial a los migrantes irregulares, en caso de detención en su artículo 17 N°3 que señala; *Todo trabajador migratorio o familiar suyo que se encuentre detenido en un Estado de tránsito o en el Estado de empleo por violación de las disposiciones sobre migración será alojado, en la medida de lo posible, en locales distintos de los destinados a las personas condenadas o a las personas detenidas que esperen ser juzgadas.*

Cada una de tales opciones y sus múltiples variantes representan en la práctica desafíos enormes que atender, problemáticas que deberán resolverse de forma diferenciada o mejor aún: jurídicamente diferenciada pues, en el fondo, se trata de un tema prioritariamente humano y social antes que jurídico, debido a su característica intrínseca de ser un derecho fundamental.

Sin duda las migraciones son elemento esencial de la vida humana en sociedad que en el decurso de milenios definió tanto a las sociedades como a la idiosincrasia regional o nacional. La misma historia de la humanidad calcula que el fenómeno de las migraciones sucede de manera constante desde hace unos doscientos mil años... por lo que es anterior incluso a la existencia misma de

⁸³ García y Tarrío (2008) pp.123-170.

⁸⁴ Pérez (2012) pp. 1-45.

⁸⁵ (Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 119).

⁸⁶ (Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 2010: párr. 98 y 100).

cualquier antecedente social, a las naciones actuales y, en especial, del Estado como creación humana de organización social.⁸⁷

1.2 Fuentes de la unidad familiar (como derecho implícito) y el bloque de constitucionalidad

En este apartado se podrá apreciar, los diversos instrumentos internacionales, tanto a nivel latinoamericano como en Europa, que protegen la unidad familiar a través de las estipulaciones en protección de la familia. Lo anterior mirado desde una perspectiva del bloque de constitucionalidad.

La unidad familiar se encuentra inserta de manera implícita en los siguientes instrumentos internacionales a nivel latinoamericano y que protegen a la familia, a saber:

Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁸; artículo 16⁸⁹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948; artículo 23⁹⁰ del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 4 y siguientes⁹¹ de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares; Artículo 15⁹² del Protocolo Adicional a la

⁸⁷ Ruiz (2016) pp.1-20.

⁸⁸Artículo 17. Protección a la familia 1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.* 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁸⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

⁹⁰ Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 23: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

⁹¹ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares Artículo 4 y siguientes: A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

⁹² Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo San Salvador" en su Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser

Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador”,⁹³ este último a pesar de no encontrarse ratificado por Chile, podría ser aplicado en virtud de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado en 1984 y en vigor en 1987; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, aprobado en 1988, en sus preámbulos, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos Complementarios, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, y el de Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2000).

protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

93 “Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminadas a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer su derecho al trabajo (Art. 6) • Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo: “dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de una subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual...” (Art. 7). • Derecho a la salud: “(...) Los Estados partes se comprometen a (...) “la atención primaria de la salud, entendiendo como tal asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad” (Art. 10, 2, a). • Derecho a la Constitución y Protección de la familia: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.” (Art. 15) • Derecho de la niñez: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.” (Art. 16) • Protección de los ancianos y minusválidos. Los Arts. 17 y 18. Respecto de los derechos de los ancianos, el texto no hace mención de su contexto familiar. Cabría pensar que en la medida en que el Estado se compromete a garantizar sus derechos, podría hacerlo indirectamente, a través de la estructura de protección inmediata que ofrece la familia. De hecho, esa es la hermenéutica que proporciona el Art. 18, b: “Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos”.

En Europa encontramos el Artículo 8⁹⁴ del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también la Directiva en su artículo Artículo 15.1⁹⁵ que mira desde la reunificación familiar, también el Reglamento del Consejo en su artículo 4.3.⁹⁶

Asimismo, en Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha señalado; “Reconoce también que la unidad familiar desempeña un papel decisivo en el desarrollo social y, en consecuencia, se la debe fortalecer y se debe prestar atención a los derechos, las capacidades y las obligaciones de sus integrantes, e invita a los Estados, las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y todas las demás partes interesadas a que tengan en cuenta la función de la familia como elemento que contribuye al desarrollo sostenible y la necesidad de reforzar la formulación de políticas relativas a la familia en el marco de su labor encaminada a alcanzar los objetivos de desarrollo acordados internacionalmente”.⁹⁷

Se ha podido apreciar que algunos instrumentos internacionales referidos otorgan una mención a la unidad familiar sin presentar una definición de la misma, sin embargo, se hace alusión de manera tácita a través de la protección de la familia, específicamente mediante el resguardo del interés superior del niño, niña o adolescente. Lo que lleva a concluir que el reconocimiento de la unidad familiar no es expreso sino más bien es doctrinal y jurisprudencial, aplicado por los mismos interpretes a través de las diversas fuentes ya enunciadas.

En nuestro país, el ámbito de aplicación de la unidad familiar es de carácter implícito⁹⁸, al no consagrarse expresamente como parámetro de constitucionalidad y legal, tampoco la Corte Suprema se hace cargo si se acude a ella como

94 Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

95 un «nacional de un tercer país que, disfrutando de la protección temporal en un Estado miembro [...] desea que miembros de su familia se reúnan con él o ella» y establece cuales son las personas que se entiende forman parte de la familia, ya constituida, que serán «el cónyuge del reagrupante o su pareja de hecho [...] los hijos menores solteros del reagrupante o de la pareja de hecho, sin discriminación entre los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos», así como «otros parientes cercanos que estuviesen viviendo juntos y fueran dependientes del reagrupante». Si estos miembros de la familia se encuentran protegidos temporalmente en otro Estado miembro se les podrá reagrupar según el deseo de los miembros de la familia, en los casos de familias ya constituidas en el país de origen y que hayan sufrido una separación debido a las circunstancias que rodean la afluencia masiva. Artículo 15.1 directiva 2001/55 CE del Consejo 20 de julio de 2001.

96 contemplaba la situación de las familias de los demandantes de asilo y considera que «la unidad de las familias debe preservarse», por lo tanto «la tramitación conjunta de las solicitudes de asilo de los miembros de una misma familia por un único Estado miembro es una medida que permite garantizar un examen meticuloso de las solicitudes y la coherencia de las decisiones adoptadas respecto de dichas personas» y los «Estados miembros podrán no aplicar los criterios de responsabilidad con el fin de permitir la reunificación de los miembros de una familia cuando resulte necesario por motivos de carácter humanitario», El Reglamento (CE) n.º 343/2003 art. 4.3.

97 Asamblea general Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos 32º periodo de sesiones, tema 3 de agenda, 18 de Julio de 2016.

98 Añon (2010) pp.625-638

principio o derecho⁹⁹, cuestión que es de suma importancia para su determinación puesto que al ser un valor de carácter fundamental, pasa a ser un derecho que se encuentra en conformidad a la conducta humana en la sociedad y por tanto tiene un carácter coercitivo, y en cambio sí es utilizada como principio, este se sustenta respecto de la argumentación jurídica para la aplicación del derecho. Lo anterior dependerá de la corriente con la cual se sienta identificado el lector.

Debido a lo anterior la unidad familiar es implementada a través del bloque constitucional, y este se puede entender como un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que se encuentran fuera de la Constitución Fundamental.¹⁰⁰ También ha sido definido como aquellos derechos que son utilizados jurídicamente para referirse a normas carentes de formulación en los textos normativos¹⁰¹.

El bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella y que remiten al Derecho Internacional convencional, constituyendo así un bloque de derechos que tienen una unidad indisoluble por su común fundamento que es la dignidad humana, siendo todos estos derechos atributos que emanan de la dignidad humana, como lo determinan tanto el propio texto fundamental como las fuentes del derecho internacional, principalmente las fuentes convencionales de este último.¹⁰²

Al ser utilizado el bloque de constitucionalidad como herramienta hermenéutica cuando no se encuentra norma expresa en la Constitución, las normas nacionales son dotadas de contenido e interpretadas a la luz de los parámetros internacionales, por lo que la decisión que adopte el juzgador también tendrá un resultado conforme a las obligaciones internacionales.¹⁰³

La norma constitucional del artículo 5º inciso 2º actúa como cláusula constitucional de inclusión, la que autoriza la conformación de la unidad entre el propio texto formal de la Constitución en materia de derechos fundamentales y los atributos y garantías de los derechos que se aseguran por el derecho convencional y el derecho consuetudinario internacional, como asimismo por las normas imperativas de *ius cogens*, cualquiera sea la fuente convencional o consuetudinaria en que estas últimas estén contenidas. Este bloque se integra, también, por los derechos implícitos o no enumerados, los cuales son explicitados por vía jurisprudencial,

99 Observación General conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

100 Olano (2005) pp. 231-242.

101 Guastini. pp.1-5

102 Nogueira (2015) pp.301-350.

103 Núñez (2015) pp. 157-169

como ha ocurrido en el caso chileno, como en general en el derecho comparado europeo y latinoamericano.¹⁰⁴

Para finalizar este capítulo cabe señalar que no existe un consenso en la doctrina y jurisprudencia respecto de la aplicación de la unidad familiar como derecho implícito en nuestro país. Por una parte, están quienes señalarían que afectaría el estado de derecho toda vez que el congreso se elige democráticamente por los ciudadanos, y que para eso existe un capítulo 15 en la Constitución denominado de reforma constitucional como principal argumento. Y, por otra parte, se encuentran los autores que indican que no sería una construcción de normas sino más bien sería una plena aplicación del bloque de constitucionalidad.

A mi parecer, no sería construcción de normas ni de derechos puesto que es la propia Constitución que permite remitirse a la normativa internacional, que en su mayoría si contemplan los derechos o al menos hacen una alusión a ellos y con miras siempre de la protección de la dignidad humana, por lo que la unidad familiar pese a no encontrarse regulada en el derecho interno podría ser perfectamente implementada, sin necesidad de ser una construcción jurídica por parte de los jueces, a través del bloque de constitucionalidad. Es más, podrían aplicarse instrumentos internacionales a los cuales Chile no ha ratificado como el Pacto de San Salvador a través del bloque, como auxilio interpretativo.

¹⁰⁴ Nogueira (2015) pp.301-350.

Capítulo 2º: La práctica jurisdiccional nacional de la Corte Suprema sobre la unidad familiar, respecto de migrantes irregulares.

Entre las instituciones del Estado que se han encargado de la protección de las personas migrantes irregulares se encuentra la Corte Suprema, que ha ejercido una debida protección a través de la dictación de sus sentencias, con la utilización implícita de la unidad familiar ponderando la necesidad que existe respecto de ciertos tipos de derechos y dando respuestas a las necesidades de protección de grupos especialmente vulnerables de la población,¹⁰⁵ en particular, los niños y los ancianos.¹⁰⁶

Esta sección se ocupará del análisis de fallos de nuestra Corte Suprema¹⁰⁷ haciendo un distingo en virtud de causas anteriores al año 2015 y con posterioridad a este año hasta el año 2018, en que se podrá apreciar el cambio de criterio que adoptan los ministros de la misma, tomando en consideración que la regulación nacional de extranjería vigente no parece cumplir con las exigencias mínimas de protección del debido proceso¹⁰⁸.

La Corte Suprema, como institución que sin alterar el equilibrio de poderes sobre el que se asienta una comunidad política,¹⁰⁹ ha entendido que existe un avance en los derechos y valores implícitos en el ordenamiento controlando la compatibilidad de los actos inferiores conforme a los parámetros¹¹⁰, es decir, ha dado una preponderancia a los estándares internacionales por sobre los actos administrativos dictados y resoluciones judiciales protegiendo así la unidad familiar. Por regla general suele cambiar de destino la mujer, pero en la mayoría de las sentencias a analizar son los hombres quienes han tornado eminentemente más familiar la migración.¹¹¹

Cabe hacer presente que la Corte Suprema se hace cargo a finales del año 2015 de la unidad familiar en términos escuetos, a pesar de ser un tema de bastante relevancia jurídica, social y política, debido a que se encuentra latente la posibilidad de destrucción del vínculo familiar más directo¹¹² mirado directamente desde el lazo afectivo que une a los padres con sus hijos. Por su parte la doctrina nacional a la fecha se encuentra empobrecida,¹¹³ con el estudio y análisis de la unidad familiar.

A raíz de las sentencias dictadas por la Corte Suprema en protección de la unidad familiar se ha entendido que el propósito de aquella es mantener la identidad

105 Pérez-Tremps (2016) p. 176.

107 Rol 2268-2018; Rol 2540-2018; Rol 2888-2017; Rol 7532-2018; Rol 1372-2018; Rol 9317-2017; Rol 9386-2017; Rol 4964-2017; Rol 8397-2017; Rol 12356-2015, Rol 6109-2018; Rol 5577-2015, Rol 5277-2015, Rol 12358-2015.

108 Domínguez (2016) pp. 189-217.

109 López-Jurado (2007) pp. 127-138.

110 Risso Ferrand, Martín. (2012) pp. 305-328.

111 Pedone (2008) p. 151.

112 Malgesini y Giménez (2000) p. 353.

113 Bassa (2008) pp.481-495

familiar, lo cual lleva a crear un balance entre las necesidades individuales y familiares.¹¹⁴

Cabe mencionar que el departamento de Extranjería y Migración perteneciente al Ministerio de Interior y Seguridad Pública de nuestro país, es la institución que se encuentra a cargo de la fiscalización en materia de migración en conjunto con Policía de Investigaciones en las zonas fronterizas. Sin embargo, una reflexión más profunda respecto del fenómeno migratorio y sus implicancias, hacen conveniente considerar la posibilidad de trasladar la institucionalidad migratoria a ministerios, tales como: Relaciones Exteriores y Desarrollo Social o del Trabajo,¹¹⁵ ya que estas instituciones son aquellas que conocen en mayor profundidad las realidades de las familias migrantes. Como se ha mencionado con anterioridad, existe en tramitación el proyecto de ley sobre migración y extranjería que propone como canales de información además del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Servicio Nacional de Migraciones, lo cual constituiría un pequeño avance para la toma de conocimientos respecto de los comportamientos de las familias migrantes y sus respectivas realidades.

La Corte Suprema conoce con motivo de Acciones de Amparo y Protección interpuestas originalmente ante distintas Cortes de Apelaciones del País por diversas instituciones en representación de personas migrantes irregulares, en contra de Intendencias Regionales y del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en las cuales se solicitaba revocar las órdenes de expulsiones vigentes según la normativa del Decreto Ley 1.094¹¹⁶ y del Decreto Supremo 597¹¹⁷; y al mismo tiempo denunciar el empleo indiscriminado de las facultades discrecionales de las autoridades ya mencionadas, que no siempre se ajustan al principio de proporcionalidad¹¹⁸ toda vez que los nexos de familia no fueron debidamente considerados por los jueces de las diversas Cortes de Apelaciones decretando de forma automática la expulsión ante la comisión de infracción por parte de los extranjeros¹¹⁹ lo cual supone a su vez una restricción ilegítima a la dignidad humana.¹²⁰ Cabe mencionar que dichas autoridades administrativas de nuestro país han aplicado la reglamentación vigente al punto de eliminar la cobertura jurídica¹²¹ de la unidad familiar.

Todas las Cortes de Apelaciones que fallaron a favor de la expulsión de los migrantes en calidad de irregular en el país, solo consideraron la normativa interna ya mencionada sin existir una protección en cada situación migratoria concreta,¹²² por lo que es no menor el opuesto discernimiento entre los jueces de una y otra

115 Bassa (2015) pp. 103

116 Decreto Ley 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, Párrafo 3.- Impedimentos de Ingreso.

117 Decreto Supremo de Extranjería Nº 597.

118 Díaz (2016) pp. 179-220.

119 Mondaca Miranda, Alexis (2016) pp. 293-301.

120 Sánchez (2017) p.91.

121 Aja (2002) p. 448. Aja califica esta situación —la regulación de la extranjería y la inmigración por normas administrativas, muchas veces a través de simples circulares— como un “problema general serio”.

122 La Spina (2017) pp. 163-186.

instancia, e incluso la oposición existente en el mismo año en los ministros de la Corte Suprema lo que resulta al menos preocupante, toda vez que la normativa internacional de los Derechos Humanos la deben aplicar todos los jueces a nivel nacional. Es más, la utilización de los instrumentos que ofrecen una protección a los Derechos Humanos, en este caso la unidad familiar no es restrictiva tan solo para el poder judicial por lo que bien podría ser ampliada a todos los organismos del Estado.

Todos los casos que se analizan comparten una particularidad común, a saber: Que los recurrentes, es decir, los migrantes irregulares, forman una pareja¹²³ de hecho,¹²⁴ ya sea con una o un nacional o extranjero, tienen hijos nacidos en Chile, todos menores de edad y que por lo general, la mayoría de los migrantes irregulares se encontraban con órdenes de expulsión vigentes en su contra por distintos motivos, ya sea por haber ingresado al país por las vías no autorizadas, por haber expirado su visa de turista, o bien por haber cometido algún delito dentro de Chile, en gran parte por infracción de la ley 20.000.¹²⁵ Cabe mencionar, en el caso de los migrantes irregulares que tienen una condena en materia penal cumplieron con sus respectivas condenas, en su mayoría hace más de 5 años.

Es preciso realizar la distinción que efectúa el autor Jiménez Piernas¹²⁶, entre política pública de inmigración integrada por las normas sobre control de flujos y regularización de los no nacionales— frente a la política pública de extranjería — constituida por las disposiciones relativas a los derechos fundamentales reconocidos a los extranjeros. El equilibrio entre ambas ramas de las políticas públicas migratorias suele ser difícil de alcanzar, especialmente en tiempos de restricción migratoria y reacciones de sospecha y temor ante la llegada de flujos, resultando claramente predominante la política de inmigración.

2.1. Practica jurisdiccional en Chile antes del 2015

Los casos analizados corresponden a años anteriores del 2015¹²⁷ y al inicio del mismo, todos resueltos por la Corte Suprema en segunda instancia.

El primer caso corresponde al recurso de amparo deducido ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta,¹²⁸ en que comparece don Wilson Sepúlveda Quintero y Beatriz Elena Gutiérrez Loaiza ambos de nacionalidad colombiana, por la dictación de la sanción administrativa de expulsión en contra de los mismos, generando con ello una vulneración a su derecho garantizado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

¹²³ Cebolla y González (2008) p. 87.

¹²⁴ Meetoo y Kofman (2008) p. 151

¹²⁵ Ley 20.000, que sanciona el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

¹²⁶ Jiménez (2002) p. 864.

¹²⁷ Rol 5577-2015, Rol 5277-2015, Rol 12358-2015.

¹²⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 47 de 2015

Los amparados manifiestan que se le prohíbe su ingreso al país por personal de la Policía de Investigaciones en las fronteras del país, al señalarles de manera arbitraria que no venían como turistas.

Debido a lo anterior, ingresan al país de modo clandestino.

Con posterioridad la pareja tiene una hija nacida en Chile en el año 2014 por lo que, si se ejecuta la sanción administrativa de expulsión de los amparados, se está obligando igualmente a la menor de edad de nacionalidad chilena a abandonar su propia patria, lo que atenta contra el concepto de familia. La Corte de Antofagasta rechaza el recurso de amparo, por lo que los amparados presentan recurso de apelación ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema ha confirmado la resolución apelada deducida en la causa rol 12358-2015 argumentando lo siguiente;(…) *no se advierte que la autoridad recurrida haya incurrido en una conducta ilegal o arbitraria al disponer la expulsión de los amparados, en la medida que aquéllas se han adoptado previa ponderación de los elementos necesarios para ello, particularmente la gravedad que importa la vulneración flagrante a normas regulatorias de ingreso al territorio nacional. Lo anterior reviste la gravedad suficiente para justificar la resolución administrativa de expulsión, por lo cual reproche alguno puede efectuársele a la decisión de la Intendencia que actuó dentro de la órbita de sus atribuciones...7º. Que no altera lo anterior, la circunstancia que los amparados hayan tenido una hija en nuestro país. La pretensión de dejar sin efecto el decreto de expulsión fundado en los efectos negativos que aquél pudiera tener para la niña no puede ser acogida, como quiera que la determinación constituye una sanción por el quebrantamiento grave de la normativa de extranjería (...)*

En este caso se puede apreciar la evidente falta de ponderación existente en la época por parte de los miembros de la Corte Suprema, o si la hubo existió una preponderancia a la reglamentación interna por sobre la unidad familiar al hacer uso acabado del principio de legalidad en sentido estricto, en relación con el artículo 6º de la carta fundamental.

El segundo ejemplo, corresponde a un recurso de protección, presentado por doña María Quilcat Florentino de nacionalidad peruana, ante la Corte de Apelaciones de Santiago¹²⁹ señalando que ha sido notificada de una resolución exenta la cual dispone una orden de expulsión en su contra. Indica que se ven afectadas sus garantías constitucionales señalados en el artículo 19 Nº1,2,3 y 4 de nuestra carta fundamental. También manifiesta que ha ingresado a Chile con una visa de turista en el año 2007, y que con el paso del tiempo no regularizó su situación migratoria debido a que no tenía conocimiento para optar a una alguna visa emitida por el Departamento de Extranjería. Indica que tiene nietos chilenos con quienes vive, además de su hija de nacionalidad peruana. Con posterioridad señala que se encuentra en tratamiento médico y que tiene problemas de desplazamiento. Además, presenta recurso de revisión ante la autoridad administrativa correspondiente la cual no fue acogida.

¹²⁹ Rol 2760-2015 Corte de Apelaciones de Santiago.

Dicha acción fue rechazada, y con posterioridad la actora presenta recurso de apelación ante la Corte Suprema, en causa Rol 5577-2015 que fue confirmada y señala en su parte pertinente; segundo: (...) *la resolución recurrida ha sido dictada por autoridad competente, basándose en causal legal y dentro de la esfera de sus atribuciones(...) hace aplicable la medida de expulsión a los extranjeros que ingresen al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el mismo cuerpo normativo, caso en que se encuentra la recurrente, por lo cual la medida no es sino la materialización de un mandato legal.*

Mismo razonamiento que el caso anterior, no existe una visión de familia, sino más bien solo de cumplimiento de normas y actuaciones dentro de la esfera de competencias de los funcionarios que tienen atribuciones para efectuar las expulsiones de migrantes irregulares. Dejando evidentemente de lado la unidad familiar. Es más, los ministros no tomaron en consideración la integridad física de la recurrente.

El tercer caso corresponde a la acción de amparo presentado por doña Valeria Tapia Seguel en representación de don Fernando Navarrete Gurumendi, quien es su pareja, de nacionalidad ecuatoriana ante la Corte de Apelaciones de Santiago,¹³⁰ señalando que el amparado ha cumplido la pena impuesta por el Juzgado de Garantía correspondiente en virtud de haber cometido el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, con una pena de 41 días de prisión en su grado máximo. Además, señala que conviven hace ocho años y que tienen un hijo de 2 años 11 meses. Con todo lo anterior también menciona que el amparado es el sustento económico de la familia que han formado, lo cual también afectaría la crianza del hijo en común el hecho de que se críe lejos de su padre.

Con posterioridad el abogado Patrocinante señala que la medida carece de proporcionalidad porque la expulsión se decretó en mérito de una conducta puntual, de modo tal que la norma requiere una conducta reiterada en el tiempo y en este caso se trata de una situación individual, como fue el tráfico de droga en pequeñas cantidades. Agrega que el Decreto de expulsión dictado el año 2014, no consideró el recurso de reposición que se interpuso por el afectado. Además, cabe mencionar que el amparado tiene permanencia definitiva en nuestro país desde el año 2003.

El recurso fue rechazado por lo que se presenta recurso de apelación ante la Corte Suprema en causa Rol 5277-2015, la que presenta una particularidad, revoca la sentencia recurrida, pero las razones son meramente administrativas y en su considerando tercero apunta (...) *no es posible adquirir convicción en torno al cumplimiento, de parte de la autoridad administrativa, tanto del hecho de haberse llevado a cabo un proceso de revocación o invalidación del permiso de residencia definitiva con que contaba el amparado como a que en éste, de haberse tramitado, se hayan respetado las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos. De esta manera no resulta procedente decretar la expulsión del ciudadano ecuatoriano, puesto que su autorización para residir en el país no ha sido revocada, trámite que debe realizarse previamente para así dotar*

¹³⁰ Rol 623-2015 Corte de Apelaciones de Santiago.

a las actuaciones de la administración de la debida coherencia. (...)Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch, para revocar la sentencia en alzada y acoger el amparo (...) la circunstancia de haber formado una familia con una ciudadana chilena, con quien tiene un hijo menor de edad, cuestión que por un lado demuestra su arraigo ostensible en este país, y por otro lado hace que la expulsión afecte negativamente su núcleo familiar, tornando la decisión en desproporcionada y por ello arbitraria al afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República y los derechos consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño, principalmente en sus artículos 3 y 9.

Cabe hacer presente que el voto del ministro Dolmestch, fue el único fundado en que el amparado ha formado una familia en nuestro país, tomando en consideración el interés superior del niño, criterio aplicado en las sentencias dictadas con posterioridad al año 2015.

Pues bien, los criterios no han sido uniformes, cada ministro tiene su razonamiento, pero todos deben ser con miras a la protección de los derechos fundamentales de las personas, lo cual es evidente que en la especie no ha ocurrido.

La particularidad de estos casos salvo el último con el voto disidente, es el criterio aplicado por la Corte Suprema en que confirma todas las sentencias de primera instancia, ya señalados en los hechos dando una prioridad al régimen reglamentario y legal de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que los ministros adoptaron una postura rígida respecto de la ponderación de derechos, estableciendo la expulsión de los recurrentes en virtud del quebrantamiento de la normativa vigente, a pesar de tener hijos nacidos en Chile, primando el principio de legalidad,¹³¹ sin siquiera hacer uso correcto del mismo, ya que este demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho, el cual debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución,¹³² olvidando a su vez el principio de supremacía constitucional¹³³, ya que en cualquier caso la normativa internacional que protege los Derechos Humanos es parte del ordenamiento jurídico, cuya aplicación se efectúa a través de la norma de reenvío del artículo 5 inciso 2° de nuestra Constitución.

Tampoco se aprecia que los ministros de la Corte Suprema entendieran que constituyen fieles destinatarios de las normas constitucionales.¹³⁴ Dejando solo mera aplicación al Tribunal Constitucional como interprete, lo que evidencia la falta de criterio y perfeccionamiento respecto de la protección de los derechos Humanos, afectando en los casos incluso la dignidad, y las posibilidades de que pueda producirse un cambio de criterio interpretativo en los mismos, ya sea por

¹³¹ Bermúdez (2015) pp. 273-285.

¹³² Pérez (2005) p.55.

¹³³ Marshall (2010) pp. 185-204.

¹³⁴Guastini (1999) pp. 255-278

una reconstrucción realizada a partir de los derechos conexos con ellos; ya sea como consecuencia de un reequilibrio entre derechos susceptibles de entrar en conflicto¹³⁵.

Por lo que a raíz de lo anterior los ministros tanto de las diversas Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema, demostraron en aquella época no se recurría a los tratados internacionales ratificados y vigentes en materia de Derechos Humanos para resolver los casos, en particular la unidad familiar, a pesar de tener los conocimientos suficientes para poder aplicar e interpretar la normativa internacional y de ser enunciados expresamente por los recurrentes en sus respectivas acciones de amparo y protección.

2.2. Práctica jurisdiccional en Chile después del 2015

A finales del año 2015 hasta inicios de este año la Corte Suprema adopta una postura totalmente opuesta a los casos ya aludidos.

En el primer caso, interpone acción de amparo en virtud del artículo 21 de nuestra Constitución ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta¹³⁶ don Francisco Aguirre en representación de Gilberto Torres Klinger de nacionalidad colombiana en contra de la Intendencia de Antofagasta, institución que dispuso la expulsión del país al amparado. Señala que ingresó al país en el año 2009 con visa de turista, la cual finalizó a fines del mismo año. Sin embargo, el amparado abandona el país a principios del año 2010 y con posterioridad, en el año 2013 ingresa nuevamente a Chile y comienza a realizar trabajos remunerados, además de tener una relación afectiva de la cual nace una hija.

En el año 2015 es detenido por el delito de receptación, la cual no prospera debido a que el Ministerio Público desiste de la denuncia. A raíz del parte policial la Intendencia señala que el ingreso del amparado es clandestino. El amparado menciona que la expulsión es ilegal y arbitraria toda vez que lo que determina la Intendencia no se condice con los hechos, además indica que ha formado una familia y que su expulsión afectaría el interés superior de su hija.

La acción fue rechazada y el amparado presenta recurso de apelación ante la Corte Suprema, en la causa Rol 12356-2015 que revoca la sentencia dictada en primera instancia y señala en su considerando 4º: *Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares del amparado, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando tanto a su pareja como a su hija, por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a la niña de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al*

¹³⁵ Rolla (2002) pp. 464-489.

¹³⁶ Rol 51-2015 Corte de Apelaciones de Antofagasta.

afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República (...); derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3(...), y en su artículo 9 (...).

La Corte hace expresa mención a la Convención de los derechos del niño, específicamente en su artículo 3.1, entendiendo este artículo como la protección de la familia, toda vez que el Estado de Chile no puede hacer una discriminación arbitraria de los individuos pertenecientes a la misma. En esta situación a uno de los padres por el solo hecho de no cumplir con la normativa administrativa del país, lo que constituiría un perjuicio para los hijos, el no ser criados por ambos padres, quienes efectivamente podrían otorgar las condiciones adecuadas para un crecimiento en un entorno de afecto. Es más, vulneraría por completo su dignidad, conculcando los valores innatos de la persona humana, es este caso como un conjunto codificados en la conciencia jurídica y social.¹³⁷

Por otra parte, María Torres presenta recurso de amparo en representación de Alex Ayovi Cuero de nacionalidad ecuatoriano ante la Corte de Apelaciones de Santiago¹³⁸ en virtud del decreto de expulsión dictado en su contra. El amparado arribó en nuestro país el año 2007 y a los tres años de estar viviendo en Chile adquiere la residencia definitiva, sin embargo, es condenado por el delito de robo con violencia, delito cuya pena se encuentra cumplida. A pesar de lo anterior, en el año 2015 fue decretada la orden de expulsión en su contra, por lo que solicitó reconsideración ante el Departamento de Extranjería y Migración el cual fue rechazado. Ante esta situación solicita se considere la expulsión puesto que tiene pareja y el cuidado personal de una hija de nacionalidad chilena de 8 años, ya que su madre vive en Ecuador.

Dicha acción fue rechazada y se presenta recurso de apelación ante la Corte Suprema en la causa Rol 2268- 2018 que revoca la sentencia de primera instancia, y en su considerando tercero señala: *“Que, por otro lado, de los antecedentes acompañados al recurso fluye arraigo bastante de parte del amparado (...), de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede no solo la unidad familiar sino el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 1° de la Constitución Política de la República (...).*

En esta causa la Corte Suprema, también de manera expresa acude a la Convención de los Derechos del niño conforme al principio de jerarquía normativo existente en Chile especialmente para reforzar sus argumentos¹³⁹, como fue utilizada la Convención en sus artículos 3.1¹⁴⁰, 7.1¹⁴¹, 8.1¹⁴² y 9.1¹⁴³, entendiendo

¹³⁷ Landa (2000) pp. 10-25.

¹³⁸ Rol 87-2018 Corte de Apelaciones de Santiago

¹³⁹ Henríquez (2010) pp. 745-762.

¹⁴⁰ Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

que dicha normativa siempre es complementaria nunca sustitutiva de los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos a todas las personas¹⁴⁴.

La unidad familiar fue prioridad, para la Corte Suprema a pesar de no integrarla de manera expresa ya que el migrante en calidad irregular, a pesar de tener una orden de expulsión vigente, mantenía el cuidado personal de su hija menor de edad, entendiéndose de manera evidente que, al expulsarlo del país se quebraría todo vínculo familiar provocando un desmedro para la niña y su núcleo.

Para continuar, presenta recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁴⁵ doña María Urrutia Naranjo en representación de don Edwin Feliz Hernández Hernández, de nacionalidad peruana debido a la resolución exenta que ordena su expulsión del país. Señala que reside en el país de manera definitiva desde el año 2000. Además, indica que tiene dos hijos de nacionalidad chilena.

En el año 2009 se ordena su expulsión debido a la condena impuesta por el delito de porte ilegal de armas siendo condenado a una pena remitida de 61 días de presidio menor en su grado mínimo y por el delito de uso malicioso de instrumento privado mercantil las que fueron cumplidas.

La acción constitucional de amparo fue rechazada y se presenta recurso apelación ante la Corte Suprema en la causa Rol 2540-2018, el cual revoca la decisión tomada por la Corte de Apelaciones y en su considerando 3º señala: *“Que, por otro lado, de los antecedentes acompañados al recurso fluye arraigo bastante de parte del amparado, toda vez que ha permanecido en el país por más de 20 años, se encontrarse vinculado afectivamente con persona determinada, junto a quien tiene una hija menor, nacida el año 2004, y una actividad laboral compartida. De esta manera, de ejecutarse la medida, ciertamente se transgrede no solo la unidad familiar sino el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 1º de la Constitución Política de la República(...).*

Es posible vislumbrar que la Corte Suprema ha esgrimido argumentos muy similares a las sentencias anteriores.

141 Artículo 7.1, El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

142 Artículo 8.1 Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

143 Artículo 9.1 Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

144 Cillero (1998) pp.1-16.

145 Rol 120-2018 Corte de Apelaciones de Santiago

A partir de las tres sentencias enunciadas a modo de ejemplos, la Corte Suprema ha hecho un hincapié en los artículos mencionados anteriormente de la Convención de los derechos del niño, dado que todos hacen expresa alusión al interés superior del niño, principio que goza de reconocimiento internacional universal¹⁴⁶ y el cual tiende a la protección del mismo en estricta relación con su familia, sin hacer una distinción respecto de la calidad en que se encuentren los integrantes de estas.

Sería contraproducente que la Corte Suprema aplicara este principio como medida de afectación en sentido positivo toda vez que implica una separación por hechos totalmente ajenos a la constitución y vida familiar.¹⁴⁷ A su vez utiliza el principio de protección integral¹⁴⁸ de manera implícita al considerar a todos los miembros de la familia. También los relaciona directamente con el artículo 1º de nuestra carta fundamental, puesto que de manera expresa señala que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento.

La Corte Suprema entiende el Interés superior del niño como una herramienta reguladora para resolver conflictos de propensión jurídicos,¹⁴⁹ la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, puesto que al ser de carácter extremadamente abierto, se provoca una ausencia de uniformidad tanto de los sujetos a los cuales debe aplicarse, como de las circunstancias sociales que les condicionan o determinan,¹⁵⁰ y que a su vez constituye un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños¹⁵¹

Entonces, el encargado de precisar ese interés (progenitores, jueces, equipos sanitarios, administración, etc.) no va a ser libre para decidir a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles intereses, sino que se tendrá que precisar el interés que real y efectivamente sea el verdadero y adecuado para cada supuesto de hecho.¹⁵² Así, con su enjuiciamiento el juez se limita a reducir la «zona de incertidumbre», reconduciendo el caso concreto a una de las dos zonas de certeza, la positiva o la negativa.¹⁵³

Sin embargo, en cualquier actuación o intervención que afecte a uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a la que se atenderá preferentemente,¹⁵⁴ debiendo velar porque el interés superior del niño se tome plenamente en consideración en la legislación de inmigración, la

¹⁴⁶ Aguilar (2008) p. 223.

¹⁴⁷ Abramovich, Ceriani y Franco (2009) pp.1-73.

¹⁴⁸ Pérez (2013) pp. 1151-1168.

¹⁴⁹ Knight (2015) pp. 95-108.

¹⁵⁰ Del Picó (2010) pp. 134

¹⁵¹ CIDH Opinión Consultiva OC-17/2002

¹⁵² Ravellat y Pinochet (2015) pp. 903-934.

¹⁵³ García (1962) pp. 159-208

¹⁵⁴ Ravellat y Pinochet (2015) pp.903-934.

planificación, la ejecución y la evaluación de las políticas de migración y la adopción de decisiones sobre casos individuales.¹⁵⁵

A modo de ejemplo ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien ha señalado que los Estados dentro de su responsabilidad de asegurar la protección de los niños y niñas, tienen la obligación de favorecer de la manera más amplia posible el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.¹⁵⁶

Pues bien, en los casos apreciados no se hace mención de la unidad familiar, pero se desprende que la Corte Suprema hace uso de la misma al considerar a todos los miembros de la familia independiente de su estado administrativo en el país. A su vez, ha tenido expresa atención con los individuos que presentaban un riesgo de expulsión del país, quienes precisamente sustentaban económicamente al resto de los integrantes de la familia.

A pesar de lo anterior la Corte Suprema no hace alusión a la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, instrumento que debería ser aplicado en conjunto con la Convención de los derechos de los niños y la Constitución Política.

Al respecto el comité de trabajadores migratorios a propósito de la unidad familiar ha señalado; *“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.”*¹⁵⁷ En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité Para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos.¹⁵⁸

Entonces, existen una multiplicidad de instrumentos internacionales que protegen a la familia de una u otra manera, pero que la Corte Suprema no hace alusión a los mismos, ni siquiera realiza una interpretación más profunda ya sea de los textos internacionales como de los hechos puesto que toda aplicación de una razón autoritativa exige algún acto de interpretación, dado que tenemos que formarnos una comprensión de lo que el texto autoritativo requiere para aplicarlo, y podemos decir que cualquier acto de aprehensión del significado implica interpretación.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, comité de los derechos del niño, 16 de noviembre de 2017.

¹⁵⁶ Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 66.

¹⁵⁷ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño 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

¹⁵⁸ Acevedo, Cobos y von der Hundt, (2018) pp.-9-25

¹⁵⁹ Neil (2010) pp. 65-78.

Conclusiones

En esta investigación se ha podido apreciar que la unidad familiar es un concepto que no se encuentra consagrada de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, la comunidad internacional, se refiere a ella siempre a través de la familia en términos implícitos, por lo que el concepto de unidad familiar tiene una estimación más alta a nivel doctrinal y jurisprudencial que una consagración expresa en los diversos instrumentos normativos enunciados en esta investigación. Lo que implica que existe una gran dificultad para su utilización por parte de los organismos encargados de la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, nuestra Corte Suprema a finales del año 2015 ha sabido aplicar la unidad familiar a través del Bloque de Constitucionalidad.

En este sentido, respondiendo a la pregunta de investigación, efectivamente la Corte Suprema aplica la unidad familiar como un derecho implícito.

A pesar de que todas las sentencias mencionadas a finales del año 2015 y con posterioridad a este que resultaron favorables para los migrantes en calidad de irregular y sus familias, el razonamiento de los miembros de la Corte Suprema fue escaso respecto de la unidad familiar, pudiendo utilizar diversos instrumentos internacionales para sostener una postura favorable a la familia, lo cual no solo implica que los ministros tanto de las Cortes de Apelaciones como de la Corte Suprema no hacen extensiva la aplicación e interpretación en la dictación de las respectivas sentencias, sino que además han preponderando siempre el principio de legalidad y no han tomado en consideración que así como las personas el derecho también se encuentra en constante evolución, por lo que resulta preocupante que hasta el día de hoy, los ministros de las diversas Cortes de Apelaciones se encuentren haciendo uso de conceptos que datan del siglo pasado, no entendiendo que el derecho lo constituyen las sociedades en virtud de los constantes cambios.

Se ha podido vislumbrar que la unidad familiar es de suma importancia para los migrantes, tanto para aquellos que se encuentren en situación regular como para aquellos que se encuentran en situación irregular, dado que es una herramienta que se aplica en contra de los Estados para mantener el núcleo familiar unido, debido a que las políticas de migración que se encuentran vigentes, en la mayoría del mundo y en este caso en Chile, solo protegen el carácter interno de cada país, siendo esta de carácter individual y con la unidad familiar se quiebra el esquema, otorgando una preponderancia al grupo humano y calidad de vida los miembros de la familia por sobre la legalidad en términos estrictos.

También se ha apreciado que la unidad familiar para los migrantes en situación irregular constituye parte de la dignidad de todos los miembros de la familia, no tan solo para los niños, sino también para sus padres puesto, que si bien no han cumplido con la normativa interna del país, en cuanto a su situación como migrante, han logrado formar una familia, y en todos los casos los padres y madres han sido pilares fundamentales para sus hijos, además de propender a otorgarles todas las condiciones necesarias para brindar un futuro más

prometedor, como lo sería en sus respectivos países de origen, si otras circunstancias ocurrieren.

Para finalizar es dable mencionar al menos la preocupación que genera la falta de aplicación de una interpretación extensiva respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los órganos estatales encargados de aplicarlo, puesto que, si se hiciera efectiva, no sería necesario que la Corte Suprema tomara conocimiento, respecto de la vulneración de derechos humanos existente, toda vez que los diversos órganos estatales podrían y deberían velar por el cumplimiento y protección de los derechos humanos de todas las personas migrantes en situación irregular.

Referencias Bibliográficas

Artículos citados

1. Abramovich, Víctor, Ceriani Cernadas, Pablo y Franco Leonardo (2009): “Estudios sobre los estándares jurídicos básicos aplicables a niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular en América Latina y El Caribe”, *Unicef*, pp.1-73.
2. Acevedo Menanteau, Paulina, Cobos Fontana Mabel y Didier von der Hundt (2008): “Derechos de las y los trabajadores Migrantes: Estándares Internacionales, Legislación Comparada y Legislación en Chile”; *Observatorio Ciudadano*, pp.- 9-25.
3. Adroher Biosca, Salomé (1995): “La entrada, la permanencia y la salida de extranjeros de España”; en *ADROHER BIOSCA, Salomé, CHARRO BAENA, Pilar (coord.) La inmigración. Derecho español e internacional. Barcelona, Bosch*, p. 287.
4. Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008): “El principio del interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, (Año 6, N°1) pp. 223.
5. Aja Fernández, Eliseo (2002): “Veinte años de doctrina del Tribunal constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”; en *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, (vol. 1.) Madrid, Congreso de los Diputados, p. 448.
6. Alcides Morales, Acacio (2013) “La familia en la Constitución Nacional, estimación legal y jurisprudencial”, en *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo* pp. 60-89.
7. Anguiano Téllez, María Eugenia (2016) “Migración, derechos humanos y desarrollo. Aproximaciones desde el sur de México y Centroamérica”, en *María del Carmen García Aguilar y Daniel Villafuerte Solís, 2014, Londres, UNICACH/Juan Pablos Editor*, 423 pp. Migraciones Internacionales, (vol. 8 núm. 4) julio-diciembre pp. 303-308.
8. Añon, María José (2010): “Integración, una cuestión de derechos”, en *Arbor, ciencia, pensamiento y cultura*, pp.625-638.
9. Arango, Joaquín (2010): “Enfoques conceptuales y teóricos para explicar la migración”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, pp. 33-47.
10. Arango, Joaquín (2004): “Inmigración y diversidad humana, una nueva era en las migraciones internacionales”, en *Revista de occidente (Nº 268)* pp. 1-21.

11. Arletaz, Fernando (2018): "Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino", en *Estudios Constitucionales* (Nº año 16, Nº1) pp. 281
12. Arriaga Iraburu, Inés (2003): "El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo", Pamplona, *Eunsa*, (1ª ed.), p. 23.
13. Ayala Corao, Carlos M. (2007) "La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos", en Méndez Juan y Cox Francisco editores, de "El futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos", *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, pp. 137-154.
14. Bassa Mercado, Jaime (2010) "Derechos Fundamentales", reseña a Eduardo Adúrate Lizana, Legal Publishing (2008), en *Anuario de Derecho Público*, U. Diego Portales, pp. 481-495
15. Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", en *Estudios Constitucionales* (Año 13, Nº2) pp. 103.
16. Bajo Santos, Nicolás (2003): "La familia migrante y sus redes"; en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (Nº. 36) p. 689.
17. Bermúdez Soto, Jorge (2015): "El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución. Fundamentos para la aplicación de una solución de derecho común.", en *Revista de derecho público*, (vol. 70) pp. 273-285.
18. Boyd, Monica (1989): "Family and Personal Networks in International Migration: Recent Developments and New Agendas"; *The International Migration Review*, (vol. 23 Nº. 3) p. 642.
19. Bustos Pueche, José Enrique (2015): "Los derechos humanos y la doctrina del derecho subjetivo", en *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá* (VIII) pp. 1-36.
20. Brumat, Leiza (2011): "La Vulnerabilidad de los Inmigrantes como sujetos de Derechos Humanos: Un análisis de la SB 1070 Del Estado de Arizona", en *Revista Ágora*, p. 4.
21. Candía Falcón, Gonzalo (2015): "Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho", en *Revista Chilena de Derecho* 42 (3), p. 876.
22. Castles Stephen (2010): "Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales". *Departamento de Sociología y Política Pública, Universidad de Sídney, Australia* (vol. 8 nº15) Zacatecas, pp.49-80.

23. Cebolla Boado, Héctor y González Ferrer, Amparo (2008): "La inmigración en España (2000-2007). De la gestión de flujos a la integración de los inmigrantes" *Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, p. 108.
24. Ceriani Cernada, Pablo y Fava Ricardo (2010): "Estudios sobre los derechos de los niños y niñas migrantes a 5 años de la nueva ley de migraciones", *Universidad Nacional de Lanús, Centro de Derechos Humanos, Buenos Aires*, pp.100-110.
25. Cillero Bruñol, Miguel (1998) El Interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en *Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano "Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"*. San José de Costa Rica pp.1-16.
26. Comanducci, Paolo (1998): "Principios jurídicos e indeterminación del derecho" en *Revista Doxa*, (Nº 21, II) p. 21.
27. Cholewinski, Ryszard (1994): "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", *The International and Comparative Law Quarterly* (vol.43 nº 3) p. 570.
28. Cholewinski, Ryszard (2002): "Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a fundamental Human Right", *European Journal of Migration and Law*, p. 29.
29. Cienfuegos Illanes, Javiera (2011): "Desafíos y continuidades en la conyugalidad a distancia", *Revista latinoamericana estud. fam.* (Vol. 3) pp. 146-173.
30. Delaet, Debra (2000): "Immigration Policy in a Age of Rights", *Westport, Praeger Publishers*, p. 14.
31. Del Picó Rubio, Jorge (2010): "Derecho matrimonial chileno", en Abeledo-Perrot-Legal Publishing, p.134.
32. De la Fuente Linares, José Cándido Francisco Javier (2012): "La protección constitucional de la familia en América Latina", en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, (año VI, nº 29) pp.60-76.
33. De las Casas, Orlando (2014): "Corrección del principio de unidad migratoria familiar en el procedimiento de llamado de familia en el Perú". *Revista de Derecho Themis* (65) pp. 173-186.
34. Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2013): "Aplicación Judicial en Chile del IUS COGENS como manifestación de la internacionalización del Derecho Interno

en materia de protección de la dignidad humana”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL (Valparaíso, Chile) pp. 393-417.

35. Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, *Estudios constitucionales (Año 14, N° 1)* pp. 179-220.
36. Dieterlen Struck, Paulette (1984): “Sobre los derechos humanos”, *Instituto de Investigaciones Filosóficas/UNAM*, p.6
37. Díez de Velasco, Manuel (2007): “Instituciones de Derecho Internacional Público” -16ª edición-, *Madrid, España, Editorial Tecnos*, pp. 141- 147.
38. Domínguez Valverde, Cecilia Andrea (2016): “Derecho Chileno Migratorio a la luz del Derecho Migratorio Internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos Mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas Soberanas de control Migratorio?”, *Revista Chilena de Derecho*, (vol. 43 N° 1) pp. 189-217.
39. Dworkin, Ronald (1984): “Los derechos en serio” *Madrid, España: Bosch casa editorial*, pp. 61- 145.
40. Esborraz, David Fabio (2015): “El concepto constitucional de familia en América Latina”, *en Revista de Derecho Privado (N°29)* pp.15-55.
41. Freeman, Gary (1994): “Can Liberal States Control Unwanted Migration?”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* p. 19.
42. Fresneda Sierra, Javier (2001) “Redefinición de las relaciones familiares en el proceso migratorio ecuatoriano a España”, *Universidad Pontificia Comillas*, pp. 136-144.
43. Gallya, Lahav (1997): “International versus National Constraints in Family-Reunification Migration Policy”, *Global Governance (Vol.3 N°3)* p. 366.
44. García Aguilar, María del Carmen y Tarrio García, María (2008): “Migración irregular centroamericana. Las tensiones entre derechos humanos, ley y justicia”, México, *En Daniel Villafuerte Solís y María del Carmen García Aguilar (coord.), Migraciones en el sur de México y Centroamérica. México: Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas, Miguel Ángel Porrúa*, pp. 123-170.

45. García de Enterría, Eduardo (1962): “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública* (Nº 38) pp. 159-208.
46. García, Lila (2016): “Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina?”, *Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Argentina)*, pp. 107-133.
47. García, López, María Elisa (2012): “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países”, *Universidad de Salamanca*, p. 29.
48. García Mele, Santiago Julián (2013): “Artículo 17. protección a la familia”, en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino* pp.284-305.
49. García Vázquez, Sonia (2007): “El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España” *Valencia, Tirant lo Blanch*, pp. 49-94.
50. Giménez Romero, Carlos (2003): “Familias en la inmigración. Su integración en la sociedad receptora”; Borobio, Dionisio (coord.). *Familia e Interculturalidad. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca*, p. 196.
51. Giménez Romero, Manuel (2015): “Promoviendo la convivencia ciudadana intercultural, en barrios de alta diversidad. Ideas y experiencias para una praxis comunitaria”; *Cuadernos Manuel Giménez Abad, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios parlamentarios y del Estado Autonómico*, pp. 48-68.
52. Goig, Juan Manuel (2004): “El derecho a la reagrupación familiar de los migrantes”, en UNED *Teoría y Realidad Constitucional*, (No. 14) pp. 251.
53. Gómez Crespo, Paloma (1999) “Gestación y puesta en práctica de la reagrupación familiar como estrategia”, en *Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, p. 69.
54. González Torralba, Herminia (2005): “Familias y hogares transnacionales: una perspectiva de género”, en *Cuadernos del Observatorio de las Migraciones y de la Convivencia Intercultural de la ciudad de Madrid*, pp. 7, 12 y 13.
55. Guastini, Riccardo (1999): “Distinguiendo: Estudios de teoría y Metateoría del Derecho” *Barcelona, España: Editorial Gedisa*, pp. 357.

56. Guastini, Ricardo (1999): ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional? Traducido por Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, pp.255-278.
57. Guastini, Riccardo, *Derechos Implícitos, Observatorio, Doxa, Universidad de Génova- Italia. Traducción de Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante). Pp. 1-15.* [Consulta: 09 de Marzo de 2019] <https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/comentario-riccardo-guastini.pdf>
58. Gurak, Douglas T. y Caces, Fe (1998): “Redes migratorias y la formación de sistemas de migración”, en *Barcelona Icaria*, p. 80
59. Henríquez Viña, Miriam (2010): “Análisis Jurisprudencial de la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en Recursos de Protección (1989-2010)”, *Estudios Constitucionales*, (año 8, N°2) pp. 745-762.
60. Hollifield, James (1992): “Immigrants, Markets and the States”, *The Political Economy of Postwar Europe*, pp. 3-42.
61. Jastram Kate and Newland Kathleen (2003): “Family Unity and Refugee Protection”, *Refugee Protection in International Law: Uncr’s Global Consultation on international Protection*, E. Feller, V. Türk, and F. Nicholson, (eds.) pp. 555-603.
62. Jellinek, Georg (1919): “Sistema de derechos públicos” en *Milán, Sociedad Editrice Libreria*, p.79.
63. Jiménez Piernas, Carlos. (2002): “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”; en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (Nº. 13) p. 864.
64. Knight Soto, Idarmis (2015): “La protección al derecho a la vida e integridad física del niño, niña y adolescente como respeto a la dignidad humana”, en *Letras Jurídicas* (Nº 31), pp. 95-108.
65. Kraler, Albert (2010): “Civic Stratification, Gender and Family Migration Policies in Europe”, *Final Report*, p. 30.
66. Labaca, Zabala (2005): “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”; *Revista de estudios Jurídicos Saberes*, (volumen 3) pp.1-56.
67. Landa Arroyo, Cesar (2000): “Dignidad de la persona humana,”, *Revista Ius et Veritas* 21, pp. 10-25.

68. Landero Rosa, Cornelio (2015): "Los Derechos Humanos de los Inmigrantes de la frontera sur de México", *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales* (Nº 19) pp. 139.
69. Lee, Everet, (1966): "A Theory of Migration", *Springer on behalf of the Population Association of America* (vol.3 Nº1) p.51
70. La Spina, Encarnación (2017): "La protección de la unidad familiar en contextos de crisis migratoria: La historia de dos casos", en *Universitas*, (Nº 25) pp. 163-186.
71. Liwski, Norberto Ignacio (2008): "Migraciones de niños, niñas y adolescentes bajo el enfoque de derechos", *Foro Especial sobre asuntos Migratorios, Revista Iberoamericana*, pp. 83-91.
72. Londoño Ayala, César Augusto (2010): *Bloque de Constitucionalidad, Bogotá, Ed. Nueva Jurídica.*
73. López Sala, Ana María (2005): "Inmigrantes y Estados: *La respuesta política ante la cuestión migratoria*". *Barcelona, Anthropos editorial*, p. 58".
74. López-Jurado, Francisco (2007): "El contenido implícito del Derecho", en *Persona y Derecho* (56) pp. 127-138.
75. Lucas, Javier (2000): "El marco jurídico de la integración"; en *Jueces para la Democracia* (Nº. 38) p. 8.
76. Malgesini, Graciela (1998): "Redes migratorias y la formación de sistemas de migración", en *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial. Barcelona, Icaria-FHE*, p.96.
77. Malgesini, Graciela y Giménez, Carlos (2000): "Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad" *Madrid, Catarata*, p. 353.
78. Marshall Barberan, Pablo (2010): "El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución Política", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (año 17 Nº 2) pp. 185-204.
79. Martín Fernández, Consuelo (2007): "Nuevas direcciones para estudios sobre familia y Migraciones Internacionales", *Aldea Mundo, Revista sobre frontera e integración* (Año 11 Nº 22) pp. 55-66.
80. Martínez Zaragoza, Claudia Arianne (2013): "La violación de los Derechos Humanos de los migrantes irregulares. Un análisis a través del enfoque del estado de excepción de Giorgio Agamben", *Revista Dignitas* (23) pp. 13-35.

81. Meza Hurtado, Daniel Artemio (2012-2013): "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿es necesario en el Perú?", *Revista Oficial del Poder Judicial: (Año 6 - 7, N° 8 y N° 9)* pp.143-166.
82. Mondaca Miranda, Alexis (2016): "La tutela de la familia versus la reincidencia del extranjero afectado por una resolución de expulsión. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 5 de febrero de 2015", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (N° 27), pp. 293-301.
83. Mora, Claudia (2008): "Globalización, género y migraciones", Polis, Revista de la Universidad Bolivariana (vol. 7, N° 20) pp.285-297.
84. Mora, Claudia (2009): "Estratificación social y migración intrarregional: Algunas caracterizaciones de la experiencia migratoria latinoamericana", *Revista Universum* (N° 24 vol. 0 año 2009), Universidad de Talca, pp128-143.
85. NÄIR, Sami y Goytisoló, Juan (2001): "El Peaje de la Vida" Madrid, Aguilar, (2ª ed.) p. 39.
86. Nauck Bernhard y Settles Barbara (2001): "Immigrant and Ethnic Minority Families", *Journal of Comparative Family Studies* (Vol. 32N°4) p. 462.
87. Neil Mac Cormick (2010): "Argumentación e interpretación en el Derecho", *DOXA, Universidad de Edimburgo, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, p. 33.
88. Nogueira Alcalá, Humberto (2015): "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios Constitucionales* (año 13, N°2) pp.301-350.
89. Núñez Donald, Constanza (2015): "Bloque de Constitucionalidad y control de Convencionalidad en Chile: Avances jurisprudenciales", *Anuario de Derechos Humanos* (No. 11) pp. 157-169.
90. Olano García, Hernán Alejandro (2005): "El Bloque de Constitucionalidad en Colombia" en *Estudios Constitucionales* (Año/Vol. 3, N° 001) pp. 231-242.
91. Ortega Velásquez, Elisa (2014): "La consolidación histórica de la migración irregular en Europa: leyes y políticas migratorias defectuosas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (vol. XIV) pp. 637-686.
92. Ortega Velásquez, Elisa (2015): "Los niños migrantes irregulares y sus Derechos Humanos en la práctica europea y americana: Entre el control y la

protección.”, *boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie* (año XLVIII, Nº 142) pp. 185-221.

93. Pacheco, Máximo (2004): “Teoría del Derecho”, *Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile (5ª edición)* pp. 420, 423- 426.
94. Pastor Ridruejo, José Antonio (2006): “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales” (10ª edición) *Madrid, Editorial Tecnos*, pp. 74- 76.
95. Pedone, Claudia, Agrela Romero, Belén y Gil Araujo, Sandra (2012): “Políticas Publicas, Migración y Familia. Una Mirada desde el género”, *Papers (97/3)* pp. 541-568.
96. Pedone, Claudia y Araujo, Sandra Gil (2008): “Maternidades transnacionales entre América Latina y el Estado español. El impacto de las políticas migratorias en las estrategias de reagrupación familiar”; en *Discursos Transnacionales de inclusión étnica: El caso de los españoles por adopción*, pp. 151.
97. Pérez Contreras, María de Monserrat (2013): “El entorno familiar y los derechos de los niños, niñas y adolescentes: Una aproximación”, *Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie*, (año XLVI, Nº 138) pp. 1151-1168.
98. Pérez en González, Carmen (2012): “Migraciones irregulares y Derecho Internacional. Gestión de los flujos migratorios, devolución de extranjeros en situación administrativa irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista española de Derecho Internacional*, pp. 1-45.
99. Pérez Luño, A.E. (1995): “Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución” (5º ed.) *ed., Tecnos, Madrid*, p.34.
100. Pérez-Tremps, Pablo (2016): “Sistema de justicia constitucional” (2ª edición) *Madrid, Thomson Reuters-Civitas*, p.176.
101. Perruchoud, Richard (1989): “Family Reunification”; *International Migration* (Nº. 27 vol. 4) p. 512.
102. Prieto Sanchís, Luis (1992): “Sobre principios y normas. Problemas del racionamiento jurídico” *Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 62- 64.
103. Ravetllat Ballesté, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto (2015): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los

derechos del niño y su configuración en el Derecho Civil chileno”, en *Revista chilena de Derecho* (vol. 42 N° 3) pp.903-934.

104. Rea Granados, Sergio Alejandro (2016): “Menores refugiados no acompañados en México: ¿Cómo proteger sus derechos y principios en caso de detención?”, en *Revista Internacional de Derecho Humanos* (año VI N°6) pp. 17-32.
105. Risso Ferrand, Martín (2012): “Interrelación entre el derecho constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* ISSN 1138-4824 (núm. 16) Madrid, pp. 305-328.
106. Rolla, Giancarlo (2002): “El valor normativo de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones Iberoamericanas” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (n° 6) pp. 464-489.
107. Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (2016): “El derecho humano al trabajo de los migrantes”, en *Revista latinoamericana de derecho social IJ / UNAM – El derecho humano al trabajo de los migrantes*, pp.1-20.
108. Sánchez Domínguez, Requena (2011): “Las familias inmigrantes en España”, *Revista Internacional de Sociología, La inmigración en España, monográfico* (N° 1) pp. 79-104.
109. Sánchez Morales, Julieta (2017): “Derechos Humanos y Migraciones: Paradojas y Reformulaciones en el 2017”. *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho* (Año N°6, núm. 11) p91.
110. Santos Arnaur, Lidia (1994): “Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad: especial referencia al visado para la reagrupación familiar”; en *Picó Lorenzo, Celsa (Dir.). Extranjeros. Madrid, Consejo General del Poder Judicial*, p. 459.
111. Santolaya Machetti, Pablo (2004): “El derecho a la vida familiar de los extranjeros”. *Valencia, Tirant lo Blanch*, p. 144.
112. Sesta, Michele (2016): “Las relaciones familiares en el Derecho Constitucional Italiano”, *Revista de Derecho de Familia*, (N°3 volumen III) pp137.
113. Stuck, Paulette (1984): “Sobre los derechos humanos” en *Instituto de investigaciones filosóficas UNAM*, p.6

114. Torres Rodríguez, Flor Alba y Toro Lucena, Óscar Augusto (2010): Prólogo a obra de Londoño Ayala, César Augusto (2010): "Bloque de constitucionalidad" (*Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica*)
115. Uprimny, Rodrigo (2006): "Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal". *Bogotá, Escuela Judicial*, p. 25.
116. Valencia Restrepo, Hernán (2007): "La definición de los principios en el Derecho internacional contemporáneo", *en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (vol. 37 núm. 106) pp. 69-124 Universidad Pontificia Bolivariana Medellín, Colombia.
117. Vidal Fueyo, María del Camino (2002): "Constitución y extranjería". *Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, p. 42.
118. Villa Guardiola Vera Judith (2006): "Familia alternativa pedagógica integral para la educación del futuro. Barranquilla", *Editorial Antillas*, p. 95.
119. Villacorta Caño-Vega, Antonio (2017): "La Etapa del Surgimiento y Desarrollo de los Derechos Públicos Subjetivos Vinculada a la Escuela Alemana del Derecho Público", *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá (X), Universidad de Cantabria*, pp. 323-337

Informes citados

1. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos (2016): "Informe temático", Migración y Derechos Humanos.
2. Acta Final de la conferencia de plenipotenciarios de las naciones unidas sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (aprobada en ginebra el 28 de julio de 1951)
3. Comunicación de la Comisión Europea al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo. COM (2003) N°. 336 final, de 3 de junio de 2003, p. 27.
4. Unidad de la familia", Consultas Globales sobre la protección internacional, Mesa Redonda de expertos en Ginebra, 08 y 09 de noviembre año 2001. Organizada por el alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Postgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. Anexo VIII.
5. Sevilla Echeverría, Eduardo, Romero Fernández, Vicente y Del Águila Tuesta, Frieda (2008): "Presencia de Inmigrantes en situación de

vulnerabilidad en el Perú”; en *Estudio Preliminar realizado desde una perspectiva de género, Superintendencia Nacional de Perú.*

6. Segunda entrega resultados definitivos censo 2017, [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018], [Disponible en http://www.censo2017.cl/wpcontent/uploads/2018/05/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017]

Normas Citadas

1. Asamblea general Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos 32º periodo de sesiones, tema 3 de agenda, 18 de Julio de 2016.
2. Circular N° 46, de 14 de abril de 2015 de la Dirección del Trabajo.
3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, 177.
4. Convención Americana de Derechos Humanos, Decreto 873, Diario Oficial, 05 de enero de 1991.
5. Convención sobre los derechos del niño, Decreto 830, Diario Oficial 27 de septiembre de 1990.
6. Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, firmada en París el 20 de octubre de 2005 y en vigor el 18 de marzo de 2007.
7. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares, Decreto 84, Diario Oficial 08 de junio de 2005.
8. Constitución Política de la República de Chile.
9. Constitución Política del Estado de Bolivia.
10. Constitución de la Nación de Argentina
11. Constitución Política de Colombia
12. Constitución de la República Oriental del Uruguay
13. Constitución Política del Perú

14. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
15. Declaración de Ginebra de 1924.
16. Decreto Supremo de Extranjería Nº 597, Diario Oficial 24 de noviembre de 1984.
17. Directiva 2003/86/CE
18. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto 778, Diario Oficial, 29 de abril de 1989.
19. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador.
20. Proyecto de ley sobre migración y extranjería, boletín Nº8970-06.
21. Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.
22. Observación General conjunta Nº 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares y Nº 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.
23. Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados, Diario Oficial 15 de abril de 2010.
24. Decreto Ley 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, Diario Oficial, 19 de julio de 1975.
25. Instructivo presidencial Nº 9 de 2 de septiembre del año 2008, imparte instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”
26. Instructivo presidencial Nº5 de 6 de noviembre del año 2015, imparte instrucciones sobre “Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria”.
27. Observación General conjunta Nº 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares y Nº 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

28. Oficio circular N° 1.179, de enero del año 2003, Departamento de extranjería y Migración.
29. Oficio ordinario N° 07/1008 de 4 de agosto de 2015 (educación)
30. Opinión Consultiva OC-17/2002 CIDH, parr.66.
31. Opinión Consultiva 18, 2003: párr. 119.
32. Resolución exenta N° 1.914 de 10 de marzo de 2008 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
33. Resolución exenta N°1.914 de 9 de abril de 2008.
34. Resolución exenta N° 6.677 de 20 de noviembre de 2007 del Departamento de extranjería y migración.

Jurisprudencia citada Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, cit., párr. 174.
2. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, 2010: párr. 98 y 100.
3. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014, parr.469.

Jurisprudencia citada Tribunal Constitucional

1. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en causa rol N° 1144-08 del 23.XII.2008, considerando 28°

Jurisprudencia citada Tribunal Constitucional Peruano

1. TC Exp. N° 02744-2015-PA/TC, demanda de Amparo, Jesus de Mesquita Oliveira y otros contra Corte Superior de Justicia de Madre de Dios.

Jurisprudencia citada Corte Constitucional de Colombia

1. Sentencia T-523 de septiembre 18 de 1992, Acción de tutela.
2. Sentencia C-028, de 26 de enero de 2006. Expediente: D-5768, demanda de Inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, Reyes Kuri, Juan Fernando, Mota Salorte, Carlos Fernando y Orejuela Botero Nicolás.

Corte Suprema

1. Rol 2268-2018, Acción de Amparo, Ayovi Cuero Alex contra Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
2. Rol 2540-2018, Acción de Amparo, Hernández Hernández Edwin Félix contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
3. Rol 7532-2018, Acción de Amparo, Sihuas Sosa Juan Augusto contra Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
4. Rol 1372-2018, Acción de Amparo, Renteria Valverde David contra Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
5. Rol 9317-2017; Acción de Amparo, Monedero Gómez Carmen, contra Policía de Investigaciones de Chile.
6. Rol 9386-2017, Acción de Amparo, Coa Tito Christian contra Departamento de Extranjería Y Policía Internacional PDI Arica.
7. Rol 4964-2017, Acción de Amparo, Sandra Quiñones Torres, contra Gobernación Provincial Antofagasta, y Departamento de Extranjería y migración y Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
8. Rol 8397-2017, Acción de Amparo, Soranny González Boitel contra Intendencia Regional del Maule.
9. Rol 12356-2015, Acción de Amparo, Gilberto Torres Klinger contra Intendencia Regional de Antofagasta.
10. Rol 5577-2015, Acción de Amparo, Quilcat Florentino María Elena contra Subsecretaria del Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
11. Rol 5277-2015, Acción de Amparo, Fernando Mauricio Navarrete Gurumendi contra Subsecretaria del Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
12. Rol 12358-2015, Acción de Amparo, Wilson Sepúlveda Quintero, Beatriz Gutiérrez Loaiza contra Intendencia Regional de Antofagasta.

Corte de Apelaciones de Santiago

1. Rol 2760-2015, Acción de Protección, Quilcat Florentino María Elena contra Subsecretaria del Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
2. Rol 623-2015, Acción de Amparo, Fernando Mauricio Navarrete Gurumendi contra Subsecretaria del Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
3. Rol 87-2018, Acción de Amparo, Ayovi Cuero Alex contra Ministerio del Interior y Seguridad Publica.
4. Rol 120-2018, Acción de Amparo, Hernández Hernández Edwin Félix contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Publica.

Corte de Apelaciones de Antofagasta

1. Rol 47-2015, Acción de Amparo, Wilson Sepúlveda Quintero, Beatriz Gutiérrez Loaiza contra Intendencia Regional de Antofagasta.
2. Rol 51-2015, Acción de Amparo, Gilberto Torres Klinger contra Intendencia Regional de Antofagasta.