

**CONVENCIÓN
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
DEL NIÑO**

**ESTUDIOS Y EXPERIENCIAS EN CHILE
Y LATINOAMÉRICA A 30 AÑOS
DE SU VIGENCIA**

**CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO
(EDITORA)**



THOMSON REUTERS

ÍNDICE

	Página
Prefacio	V

CAPÍTULO I EL IMPACTO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: ANÁLISIS JURÍDICO

La protección normativa de la infancia en Chile antes de la Convención de los Derechos del Niño: Mirada evolutiva y lecciones para el presente.....	3
<i>Carmen Domínguez Hidalgo</i>	
Avances y desafíos a la luz de las observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a Chile	19
<i>Alejandra A. Retamal Retamal - Carolina Salinas Suarez</i>	
La dignidad del niño: Fundamento del interés superior del niño	43
<i>Ilva Myriam Hoyos Castañeda</i>	
Sutiles evoluciones en la comprensión de los derechos de la infancia: Niños y adolescentes ciudadanos en el siglo XXI	65
<i>Úrsula Cristina Basset</i>	

CAPÍTULO II
FAMILIA COMO GRUPO FUNDAMENTAL
DE LA SOCIEDAD Y MEDIO NATURAL PARA EL
CRECIMIENTO Y EL BIENESTAR DE TODOS SUS MIEMBROS

La concepción de la relación entre el Estado, los padres y el niño en los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	85
<i>Aracely Ornelas Duarte</i>	
Los deberes de los padres respecto de sus hijos: Asegurando su protección y bienestar.....	115
<i>Marcela Acuña San Martín</i>	
El respeto a los derechos de la identidad familiar de los menores chilenos hijos de migrantes.....	143
<i>Nicolás Ibáñez Meza</i>	
Trabajo interdisciplinario con la familia como garante de los derechos del niño	161
<i>María Paz Sangüesa Rebolledo - Paula Sangüesa Rebolledo - Paulina Fernández Gutiérrez</i>	
Oportunidades de aprendizaje y desarrollo infantil en el contexto familiar en sectores vulnerables.....	175
<i>Malva Villalón Bravo - Magdalena Rosati - Macarena Escudero - Bernardita Tapia - Pilar Balmaceda</i>	

CAPÍTULO III
LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DEBEN
SER PROTEGIDOS EN EL CONTEXTO JUDICIAL

La tarea del juez en la observancia del principio de corresponsabilidad parental	195
<i>Alejandra Hermosilla Besoain</i>	
Obstáculos procesales en el restablecimiento del derecho a vivir en familia	213
<i>Leira Bolognesi Fuentes - Karla Morales Medina</i>	

	Página
Derecho a ser oídos de niños y niñas pequeño(a)s	229
<i>María Paz Riveros Calderón</i>	
Rescatar la voz de los niños, niñas y adolescentes: Propuesta de modelo de representación jurídica desde el enfoque de los Derechos Humanos	247
<i>Orielle Ahumada Bisquett</i>	
Diagnóstico e intervención para la infancia vulnerada en Chile	265
<i>Ivonne Alejandra Castro Cárdenas</i>	

CAPÍTULO IV

LOS NIÑOS TIENEN DERECHO A CONOCER A SUS PADRES Y SER CUIDADOS POR ELLOS

El medio para conocer la verdad biológica de la procreación en el caso de las técnicas de reproducción asistida en Chile	283
<i>Yasna Otárola Espinoza</i>	
Posesión notoria de la calidad de hijo versus el derecho a la identidad.....	301
<i>Trinidad Moreno Pérez de Arce</i>	
Sobre el concepto de “posición social” en la fijación del <i>quantum</i> de los alimentos y su compatibilidad con la Convención de los Derechos del Niño	319
<i>Francisco Rubio Varas</i>	

CAPÍTULO V

LOS NIÑOS TIENEN DERECHO A DISFRUTAR DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD

La autonomía del niño, niña y adolescente en la asistencia sanitaria	339
<i>Isaac Ravetllat Ballesté</i>	
El trabajo del sistema de salud como garantía del derecho a la identidad.....	359
<i>Marina Guadalupe Cheda</i>	

	Página
Experiencia de integración del enfoque de derechos en las prácticas asistenciales	375
<i>Fernando González - Bran Montiel - Begoña Yarza - Paulina Trujillo</i>	
Índice detallado	389
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	401

EL RESPETO A LOS DERECHOS DE LA IDENTIDAD FAMILIAR DE LOS MENORES CHILENOS HIJOS DE MIGRANTES

NICOLÁS IBÁÑEZ MEZA*

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de los derechos del niño incorporados a la legislación chilena por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN, en adelante), surgen los denominados derechos de la identidad. Consagrados a partir de su artículo séptimo, pero inspirados bajo la tónica declarada en el artículo tercero, ambos de la Convención, el interés superior de los menores obliga a las autoridades de los Estados Partes a contribuir y no perjudicar en forma alguna a todos sus derechos, y especialmente para este trabajo, a los que parten desde las consideraciones básicas de los mismos y que los llevan a construir sus nociones personales definatorias del ser. La identidad, vista así, es un “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”¹, y que según la Convención se traducen, en principio, en tres derechos: la nacionalidad, el nombre y el conocer y ser cuidados por sus padres.

II. DERECHO DE LA IDENTIDAD FAMILIAR

El derecho al nombre —es decir, a obtener una denominación propia— es reconocido en nuestra legislación a través de la ratificación de este Convenio, ya que nuestra legislación solo hacía referencia al derecho de

* Abogado. Magister en Docencia Universitaria. Profesor jornada de Derecho de Familia y Civil, Universidad Autónoma de Chile.

¹ FERNÁNDEZ (1992), p. 113.

uso del nombre², pero no a la posibilidad de adquirirlo. Por su parte, la Constitución Política de la República ya se había hecho responsable a determinar el derecho a la nacionalidad estableciendo reglas al efecto en el artículo quinto del texto original, y actual artículo décimo, fijando al territorio, la sangre, la gracia y la carta de nacionalización, como fuentes del ya mencionado atributo de personalidad. Es en relación con el tercer derecho mencionado que conviene realizar una especial mención, considerando la relevancia que tendrá en este trabajo.

Propio de los efectos de la filiación conforme a nuestra legislación, surgen ciertos derechos-deberes que cumplirán con lo que el artículo séptimo referido hace mención en aquella parte que atribuye como derecho del niño el conocer a sus padres en la medida de lo posible. Si se trata de atender a la literalidad como elemento de interpretación de la norma, la CDN estaría pidiéndole al Estado Parte una especie de intención al fin dado, es decir, una especie de consejo que no mantiene límites definidos ni tampoco niveles de identidad propios de un derecho que podría algún menor invocar, análisis que surge de la voz en la medida de lo posible, que utiliza la Convención. Esto entonces es una especie de invitación al Estado Parte a promover el contacto inicial del niño con sus padres, pero solo en la medida que las condiciones del caso en concreto así lo permitan, por lo que más que ser un derecho del niño, termina siendo un principio que se aplicará en la medida que los adultos deseen acogerse a este derecho, lo que hace juzgar entonces el carácter imperativo de esta norma y del mismo modo, la posibilidad de fiscalizar o exigir su cumplimiento. Ahora bien,

² El artículo primero de la Ley N° 17.344, vigente desde el 22 de septiembre de 1970, establece expresamente que toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento, pero no menciona el derecho a tener un nombre desde el nacimiento ni tampoco el derecho exigible a ser inscrito con uno. Se marca una diferencia con legislaciones vecinas que establecen este derecho, como ocurre por ejemplo con el Código Civil Peruano, el que señala en el título III del libro Primero, a partir del artículo 19 del mismo, toda una normativa sobre el derecho a tener un nombre. En este sentido, el artículo ya referido, indica que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, y este incluye los apellidos. Por su parte, el artículo 21 de la misma norma entrega reglas sobre la inscripción del nacido, normas que nuestra legislación interna nunca ha establecido. Es, por tanto, recién con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño que se incorporan tales derechos a nuestra norma, siendo dable entonces que en todo el período previo a su vigencia, sería válido admitir a menores sin nombre, los conocidos ningún nombre o NN, lo que será motivo de investigaciones futuras, sea de este o de otro autor.

es en ese escenario que la ley chilena recogerá la recomendación señalada como una idea de la vinculación necesaria entre los niños y sus padres, y de ahí que la normativa civil aporte con la regulación del antes denominado derecho de visitas, y hoy, de relación directa y regular del niño con el padre no custodio, además de las acciones de filiación reformadas en el año 1998 a través de la Ley N° 19.585, cobrando especial relevancia para estos fines, la de reclamación de filiación en un supuesto normativo en el que ya se encuentra permitida la investigación de la paternidad.

Es a partir del análisis del artículo séptimo, entonces, que podría determinarse que los niños desde su nacimiento tienen derecho a ser inscritos, a saber quiénes son y cómo serán denominados, conocer dónde nacieron y cuáles son los efectos de haber nacido en aquel lugar, y asimismo, saber su origen biológico y exigir el cuidado de parte de sus progenitores. No obstante, y derivado del análisis anterior, solo el derecho al nombre y a la nacionalidad serán calificables como absolutos. Cabe precisar en este punto que algunos autores agregan otras precisiones en el tratamiento de este derecho de conformación identitaria, agregando la relevancia del sexo o de la definición del género³ en la construcción propia del ser en los menores.

Ahora bien, siguiendo la estructura de la CDN, el artículo octavo establece el compromiso del Estado, no solo a reconocer y proteger la adquisición de tales derechos que han configurado la denominada identidad, sino también a preservarlos, lo que implica que no podría privársele de su nombre ni de su nacionalidad, ni tampoco del ser conocido y cuidado por sus padres. Este es precisamente el punto de relevancia de este trabajo, en cuanto lo que se trata de explicar es relativo al tercer elemento de la identidad del niño, aquel referido a las relaciones familiares propias que surgen con ocasión del ya señalado derecho de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, derecho denominado como el de identidad familiar. Este derecho se traducirá, no solo en una declaración de principios como lo hubiera indicado la Convención, sino que una vez incorporado en la legislación interna, promueven cambios paradigmáticos del enfoque legal y de interpretación judicial en los casos que versen sobre la mantención o establecimiento de un régimen que contribuya a la identidad familiar señalada, pudiendo definirse entonces, si nuestra legislación cumple o no con la exigencia impuesta por la Convención a nuestro Estado.

³ Véase LATHROP y ESPEJO (2015), pp. 393-418.

Así, para todos los menores que se encuentren en nuestro territorio, cualquiera sea su origen, tales derechos surgen y se radican en ellos como titulares o legitimarios activos que podrán promover y exigir el respeto de ellos, no solamente en instancias proteccionales, sino en cualquier juicio en que se les involucre y en el cual puedan tomarse decisiones sobre su diario vivir.

De ahí la redacción y fundamento de las normas traídas a nuestra legislación civil por la Ley N° 20.680, que modificó la normativa desde el art. 225 y siguientes del Código Civil, regulando de forma innovada la relación directa y regular, estableciendo reglas nuevas para la determinación del cuidado personal, y creando como derecho del menor, el que la relación periódica que debe tener este, no solo alcanza al padre con el que no viva, sino también a sus abuelos. En este orden, es indiscutible el rol que cumplen los abuelos en la formación familiar, siendo valorada por los legisladores esta idea desde que fue planteada en el proyecto de ley, atendida “la relación que frecuentemente existe entre los niños y sus abuelos, destacando la misma en el cuidado y formación de aquellos”⁴. Estos derechos entonces se encuentran protegidos por la Convención, y, de hecho, si un niño se ve privado ilegalmente de cualquiera o todos ellos, el Estado prestará asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad, según reza el numeral segundo del ya referido artículo octavo de la Convención. El artículo octavo por tanto llena de contenido, de aplicación y exigibilidad a los derechos de los menores sobre los elementos que se han estimado como imprescindibles para la conformación identitaria de ellos.

Así, para cerrar el campo normativo protector de los vínculos familiares que conforman la identidad familiar del niño, la CDN dedica otras precisiones. El artículo noveno, referido al derecho del niño a no separarse ni ser separado de sus padres, sino solo cuando derivado de resolución judicial se estime que tal separación es necesaria en favor del propio interés del niño, ha generado una consciencia jurídica del litigante sobre las acciones con las que cuenta, siendo conocido de forma indubitada el derecho que tiene el niño a relacionarse con su padre aun cuando la separación de la pareja o matrimonio hubiera sido en términos inadecuados, violentos o complejos, o por su parte, el derecho de los abuelos a relacionarse con

⁴ Historia de la Ley N° 20.680, p. 120.

sus nietos, incluso en contra de la voluntad de su propio hijo o hija o en general del progenitor del menor que se oponga a tal contacto. El límite para este derecho materializado en las relaciones familiares sería precisamente aquel mismo principio: el interés superior del niño, es decir, que si es por interés superior que se permite y refuerza tal contacto, el interés será también el que puede limitarlo si así estuviera justificado.

Es en este supuesto entonces que tal esquema funciona. Si lo ejemplificamos con una familia chilena, se refiere a aquella que vive en la misma Región o Provincia. El problema surge, en cambio, con las familias que se separan por largas distancias como, por ejemplo, cuando la madre, separada de su marido, reinicia su vida en una región distinta de la que originalmente habitaba, o bien, en un caso mucho más cercano al objetivo de este trabajo, cuando los padres son separados de sus hijos por fronteras. Es esa la situación en que encuentran los niños migrantes o los niños chilenos hijos de migrantes.

En tal sentido, conocida es la masiva migración que a nuestro país le ha tocado recibir, proveniente de diversas naciones movidos por situaciones de diversa índole, pero que se asocian normalmente a oportunidades de trabajo, salud, educación o en general, mejora de su calidad de vida de ellos y de sus familias. Tal ha sido la explosión migratoria que, “si se comparan los últimos datos con la cifra del Censo de 1982”, podemos concluir que se ha quintuplicado el número de extranjeros⁵. En ese sentido, es evidente que, si un niño extranjero ingresa con sus padres a Chile, dependerá de estos y si estos se van del país, se llevarán al niño consigo, por lo que tal supuesto no sería complejo de analizar. El punto de relevancia dice relación con ciertos menores chilenos que, en contra de su voluntad y de su propio interés, son privados del contacto con sus padres e incluso del derecho de ser cuidados por ellos derivado de sanciones de expulsión del país que han recibido sus padres conforme a la ley de migraciones.

Cumplidas que sean las condenas por delitos que cometan, es el Decreto Ley N° 1.094 del año 1975, Ley de Extranjería, el que permite que sea la entidad administrativa la que pueda determinar la expulsión del migrante sancionado penalmente. Específicamente el artículo 13 de la norma en comento permite al Ministerio del Interior resolver sobre la concesión de las visas y autorizaciones de residencia definitiva de extranjeros. Para

⁵ TAPIA (2012), p. 177.

ello debe considerar la conveniencia o utilidad que esto reporte al país, especificándose al efecto en el artículo 15 que no podrán ingresar al país los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres; los que sean condenados o procesados por ley calificada como crimen, los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social, entre otras causas. Las indicadas corresponden a los numerales 2, 3 y 4 del artículo reseñado y es precisamente por ellas que fundado en el art. 17 de la misma norma, la misma autoridad administrativa puede disponer la expulsión por resolución a quienes hayan realizado tales conductas. En resumen, un migrante condenado por alguno o algunos de los delitos descritos, además de cumplir la pena que el Tribunal establezca, podría ser sancionado con la expulsión del país. Esto podría implicar entonces que al salir el migrante, podría salir también un esposo de una vida matrimonial o de convivencia, o mucho más atingente a este trabajo, un abuelo, un padre o una madre, siendo separado de su hijo. Entra en pugna así la CDN y el Decreto Ley N° 1.097, Ley de Migraciones.

Para evitar la expulsión, cuando los migrantes son notificados de su expulsión mediante la resolución señalada y amparados en el artículo 21 de la Constitución Política, recurren a través de la acción-recurso de amparo ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones competente, o bien, por vía apelación ante el rechazo de la acción dado por el Ilustrísimo Tribunal, ante la Excelentísima Corte Suprema, fundados en el denominado arraigo familiar. Si bien existen fallos relativos a la valoración del matrimonio e incluso de la convivencia, para estos efectos expondré los criterios presentados por los máximos Tribunales del país para definir si ellos respetan, o no, los derechos de la identidad de los menores chilenos por territorio, pero migrantes por sangre, que se encuentren nuestro país.

Sin perder la línea argumental, debemos agregar dos situaciones gravitantes a este respecto y que nutren este trabajo. En primer término, se hace presente el contenido del artículo décimo de la Convención, el que establece un derecho aún más complejo de ejecutar que los anteriores, porque esta vez será relativo a la mantención de la identidad familiar indicada en consideración a la solicitud del menor o de un padre a salir o entrar a un país con la intención de mantener el derecho antes comentado, todo ello de forma positiva, humanitaria y expedita, según reza el texto

de la norma. Luego y como segundo elemento, también debe considerarse que el sancionado no es el niño, sino el padre o madre, o en general, el familiar de un menor⁶, lo que implica que si el niño es chileno por haber nacido en Chile, tiene derecho a estar en territorio nacional y la ley de migraciones no podría alcanzarle en ninguna de sus disposiciones, especialmente considerando que no es quien ha ejecutado o incurrido en alguna de las situaciones descritas en el art. 15 en relación con el 17 de la Ley de Migraciones antes señalado. Así, si bien es indiscutible que el menor es chileno por territorio, dentro de las nociones identitarias ya definidas, también se hace gravitante su definición de origen biológico, ya que por más nacional que fuera por *ius solis* este niño es también migrante por su sangre, por sus costumbres, forma de hablar e incluso color de piel, y acá entonces nos enfrentamos a una situación de vulnerabilidad extrema, ya que siempre “la vulnerabilidad se profundiza cuando existe un cruce entre dos circunstancias vitales: ser niño y ser inmigrante a la vez”⁷.

Volviendo al análisis de criterios jurisprudenciales, el derecho de la identidad familiar ha sido mencionado y ha fundado variadas decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia, pero no de la misma forma para todos los casos que llegan a su conocimiento y decisión por vía de amparo. Bajo esta premisa, y como indica el profesor Alexis Mondaca, “no sostenemos que la simple existencia de algún vínculo de familia impida en términos absolutos la expulsión de un extranjero, no obstante, los ilícitos que pudiese haber cometido”⁸, por lo que tener un hijo chileno o uno extranjero en Chile no sería mérito suficiente para revocar una decisión administrativa de tal orden, aun cuando ello sea una contradicción expresa al texto de la Convención Internacional. En el análisis propuesto entonces, cabe destacar

⁶ Se realiza la mención familiar en cuanto hay fallos que en los que se ha planteado el carácter de abuelo de un menor chileno. Véase *M.B.M. con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del interior y seguridad pública* (2016), que rechaza un recurso deducido por don M.B.M., ciudadano peruano, condenado el 6 de mayo de 2013, en procedimiento abreviado, como autor del delito de abuso sexual impropio reiterado, en grado de consumado y de otros delitos descritos en la sentencia, que fue notificado de la resolución de expulsión, fundando su requerimiento en que esto afecta a su arraigo familiar y al interés superior del niño, en cuanto él vive con su hijo también peruano, y con su nieto chileno. El recurso fue rechazado, situación confirmada por la Excm. Corte Suprema en autos rol N° 87908-2016 en fallo de fecha 22 de noviembre del mismo año.

⁷ Unicef; Acnur y OIM (2012), p. 13.

⁸ MONDACA (2017), p. 246.

que existen sentencias que reconocen la existencia de menores chilenos y deciden mantener la decisión de expulsión de sus padres.

Así, la sentencia de 2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago, confirmada por la Corte Suprema⁹, es probablemente una de las más gráficas al respecto. Ella recae en un amparo preventivo a favor de una ciudadana dominicana y de una niña chilena (2 años y 10 meses) en contra del Ministerio de Interior y Seguridad Pública por haber decretado la expulsión del país de la amparada. Funda su acción en que la amparada fue condenada a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo como autora del delito de asociación ilícita para el tráfico ilícito de migrantes por el tribunal oral, sanción que fue estimada como cumplida atendido el tiempo que estuvo en prisión preventiva. La amparada y su hija tienen residencia en el país y han construido su vida familiar, social y laboral en Chile. Bajo esta situación, se alega que sería dable esperar que la Corte tuviera presente la situación de la amparada que es una madre de una menor de dos años. La decisión opta por un criterio desolador para quienes velen por el cumplimiento de la Convención en Chile.

La sentencia señala literalmente “Que no es dable aceptar que extranjeros cometan en nuestro territorio conductas penadas por la ley, que acarreen como sanción la expulsión, se amparen en la existencia de una hija menor de edad, chilena, para eludir el lícito actuar de la autoridad”¹⁰.

Esta interpretación es incorrecta a nuestro juicio, ya que la migrante había cumplido la sanción establecida para el delito cometido conforme a lo resuelto por el Tribunal competente y la ley de migraciones establece de forma facultativa, y no obligatoria, la sanción de expulsión. En este sentido, es absolutamente relevante la existencia de la hija de la migrante sancionada porque es una menor que se verá apartada de su madre en sus primeros años de vida, contraviniéndose expresamente el texto de la convención internacional antes referido.

No obstante, la sentencia de la Corte de Apelaciones indica, con relación a la menor de edad, “que no existe ninguna orden en su contra que amenace sus derechos fundamentales, ni su libre circulación dentro del país. El comportamiento delictual de los adultos afecta a los niños, y a

⁹ *Y.L.M. con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014), confirmado luego por la Excma. Corte Suprema en autos rol N° 7982-2014 de fecha 10 de abril de 2014.

¹⁰ *Y.L.M. con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014), considerando séptimo.

las familias, pero no es la autoridad la responsable de esas consecuencias, sino su propia progenitora la que provocó la situación por la que ahora pide se le ampare.

El hecho de tener familia en Chile es una circunstancia que merece ser tomada en consideración, pero cuando media la comisión de un delito se borra toda consideración al efecto”¹¹.

Si se revisa en profundidad lo señalado parece del todo inapropiado estimar que la menor de dos años no ve afectados sus derechos humanos, considerando que es ella quien se está viendo privada de los derechos de la identidad que antes hemos desglosado, al menos en 4 dimensiones distintas: perder la posibilidad de conocer a sus padres de forma fáctica en edad consciente, perder el derecho a ser cuidada por su madre, perder el derecho a mantener contacto con su madre y vulnerar la garantía de protección a la unificación familiar contenida en el artículo décimo, y ello solo por nombrar las garantías literales. El Estado chileno, por tanto, en vez de proteger las garantías de la menor conforme a la obligación impuesta en el numeral segundo del artículo noveno de la Convención, decide mantener la medida, insinuando que la hija sería una especie de excusa para cometer delitos, lo que no tendría lógica ya que no se está revisando la inocencia o culpabilidad de la madre migrante, sino solo el ejercicio de una medida administrativa que vulnera a los Derechos del niño¹².

Destaco, en la misma tónica anterior, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago¹³, en la que un ciudadano italiano, actualmente con residencia en Roma –que fue expulsado de Chile– solicita permiso para entrar al país, seis años más tarde, para ver a sus hijos chilenos, derecho expresamente garantizado en el artículo decimoprimer de la Convención. Su expulsión fue determinada con posterioridad a haber cumplido la pena impuesta por infracción a la ley de drogas N° 20.000 conforme al procedimiento antes

¹¹ *Y.L.M. con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2014), considerando octavo.

¹² En el mismo sentido se resuelven los fallos *R.V con Policía de Investigaciones de Chile* (2013), *M.U.L. con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017), *T.K. con Intendencia de la Región Metropolitana* (2015), todos de la Il. Corte de Apelaciones de Santiago. En todos ellos se ha planteado la situación de existir familia e hijos de los migrantes que ya han sido condenados y que han cumplido las penas impuestas, pero en ninguno de ellos el argumento ha sido considerado.

¹³ *M.P.* (2017), confirmada por la Corte Suprema en autos rol N° 11616-2017 de fecha 10 de abril de 2017.

descrito. Ello puso término a la relación que mantenía con una chilena con la cual tuvo dos hijos, de diez y once años respectivamente, con quienes –como se refiere– el amparado ha mantenido solo una relación de carácter virtual a través de los distintos medios que la tecnología permite. Así, estos niños no han tenido contacto personal directo con su padre desde hace seis años lo que se considera que vulnera los derechos de la identidad de ellos. La Corte resuelve que no es el organismo competente para dejar sin efecto la resolución administrativa, rechazando el recurso teniendo como fundamento el que, si la intención concreta del padre es que se deje sin efecto una resolución de autoridad dictada en uso de sus facultades legales impugnándose su mérito y aduciendo consecuencias familiares, aunque podrían resultar atendibles, al no ser precisos, no pueden ser considerados. Esto implica entonces que la Corte reconoce el derecho de los menores, pero no lo considera motivo suficiente como para revocar la decisión de expulsión.

La jurisprudencia reseñada se enfrenta a la que ha resuelto de forma exactamente contraria, al reconocer el argumento de la existencia de hijos para revocar resoluciones que han negado a darle valor. Ahora bien, estos fallos en su mayoría provienen del máximo Tribunal, y no de las Cortes de Apelaciones, es decir, se tratan de apelaciones de recursos de amparos que ya han sido rechazados en primera instancia. Con todo, existe en ellos una dificultad argumentativa consistente en que la Convención Internacional de Derechos del Niño jamás ha servido de forma única para fundar una decisión, sino que siempre se pondera la situación penal o de comportamiento social del sujeto para luego considerar la situación familiar. En otros términos, se pondera primero si el sujeto se reinsertó socialmente, si ha reincidido o no, o si existe proporcionalidad entre el hecho y la medida impuesta de expulsión. Si se cumple con esta especie de filtro primario de orden penal-social, se pasa a revisar la situación familiar del sujeto, aunque pareciera ser que se hace para ratificar una decisión cuyo eje es finalmente otro distinto a la existencia o no de hijos y a los derechos que a estos les amparen.

Así por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema¹⁴, respecto de una ciudadana venezolana condenada por delito de falsificación de documentos (contrato de trabajo falso), se resuelve en su considerando cuarto “que la autoridad administrativa en definitiva ha formulado un reproche de carácter moral-penal específico, pero este no ha sido acreditado como concurrente

¹⁴ *V.S.L.* (2010).

por un órgano llamado por la Constitución y las leyes para calificarlo competentemente como tal, infringiéndose de este modo los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado que consagran los principios de legalidad y juridicidad, toda vez que la declaración de ser o no un contrato simulado es una función eminentemente jurisdiccional (...) por lo que fluye que, a ese respecto la decisión pronunciada por el órgano gubernamental, ya referido, resulta arbitraria y contraria a derecho”.

Luego, en el considerando quinto, recién se hace mención a la situación familiar de la amparada, al exponer que “la circunstancia que ella se encuentre en situación irregular (...) no la habilita para imponer a la reclamante la sanción más drástica que tal disposición contempla, la que por lo demás tiene el carácter de facultativa y no obligatoria, tornándose de acuerdo al mérito de estos antecedentes, en una decisión que infringe el principio de proporcionalidad que rige en materia sancionatoria en nuestro régimen jurídico. En efecto, el artículo 1° de la Constitución Política de la República estatuye que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y es deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como el propender al fortalecimiento de ésta, (...) derechos también consagrados por diversos tratados internacionales relativos a la protección de la familia, motivo por el que, en caso de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre, se producirá la disgregación del núcleo familiar de la recurrente, quien vive en Chile con su cónyuge, también de nacionalidad venezolana, y dos hijas matrimoniales, una de las cuales, la menor, tiene nacionalidad chilena”.

Si se analiza tal fallo, lo que le decide por la revocación de la sentencia recurrida no es la existencia de dos niñas de las que la amparada es madre ni los derechos que por la convención tengan estas, sino el hecho que el órgano administrativo se hubiera adjudicado y atribuido facultades jurisdiccionales que no tiene. Ello lleva irremediablemente a la reflexión de que, si el órgano tuviera las facultades, la existencia y los derechos de las menores no serían causa suficiente para revocar la decisión, no aplicándose por tanto la Convención como norma positiva exigible al Estado chileno a través de sus tribunales¹⁵.

Otro argumento empleado, pero en la misma tónica anterior, es la situación del buen comportamiento del recurrente de amparo, la colabo-

¹⁵ Esta misma idea se replica en *C.M.G. contra Policía de Investigaciones de Chile* (2017), y *J.C.F. con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2018), ambos de la Corte Suprema, el último confirmando el fallo rol N° 28-2018 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

ración en el proceso por el que fue sancionado o por la no reincidencia en delitos del migrante que ha sido notificado de su resolución de expulsión. Relevante es considerar que la gravedad del delito acá no sería un punto gravitante, lo que puede ejemplificarse como se decide en sentencia de la Corte Suprema de 2017¹⁶ por el cual se revoca la medida de expulsión de una ciudadana colombiana condenada por tráfico ilícito de estupefacientes, estableciendo en su considerando cuarto, que la conducta ilícita que funda la expulsión data del año 2013 y que no se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeta a alguna investigación penal. De este modo, el delito cometido no constituye la situación que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada. Luego, de ello entonces, se invoca la situación familiar, estableciéndose en el considerando siguiente que “por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la amparada, quien tiene dos hijos menores nacidos en Chile de 3 y 1 años de edad, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior de los menores, pues 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”.

En el mismo sentido pueden referirse las sentencias del mismo máximo tribunal en el caso de un amparado colombiano condenado por la comisión flagrante del delito tráfico de drogas en el que se consideró la conducta intachable que tuvo mientras cumplía su pena antes de sopesar la situación familiar¹⁷, en otra en que se considera que la conducta ilícita que funda la expulsión se cometió el año 2013, respecto de la cual la amparada reconoció su participación, lo que “le permitió ser sentenciada mediante un procedimiento abreviado y que no se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeto a otra investigación penal y, por el contrario, ...se dio cumplimiento satisfactorio a la medida alternativa de cumplimiento de la

¹⁶ *S.G.B. contra Intendencia Regional del Maule* (2017).

¹⁷ *J.S.B. contra Intendencia de Tarapacá y Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de Policía de Investigaciones de Chile* (2013).

pena”¹⁸. El comportamiento del sujeto entonces sería eje de estas decisiones al considerarse por sobre la gravedad del delito¹⁹.

No obstante, cuando los delitos en los que se funda la expulsión es alguno no descrito en la nómina del artículo quince de la Ley de Migraciones, si se procede a valorar su gravedad al no entrar en la calificación exigida por la ley como ocurre con el delito de giro doloso de cheques cometido por un migrante argentino²⁰; la venta de CD en contexto de piratería²¹, o el delito de hurto²², todos de la Corte Suprema. Del mismo modo, es evidente que cuando no se ha determinado la responsabilidad penal del migrante o cuando la resolución administrativa de expulsión es infundada, el Excmo. Tribunal siempre ha estado por revocar las resoluciones administrativas de expulsión²³.

III. CONCLUSIONES

En síntesis y como conclusión, la posición que sostenemos ha quedado plasmada y reconocida en sentencia de la Corte Suprema²⁴ en cuanto señala que, tratándose la expulsión de una facultad de la autoridad, que se ejerce basada en conceptos jurídicos indeterminados, se hace necesario que, al dotar de contenido a tales preceptos, la autoridad efectúe una ponderación

¹⁸ *C.X.M. con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016), considerando quinto. Véase también *H.A.F. con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016); *J.O.B. con Subsecretaría del Interior* (2017), *J.M.G. con Subsecretaría del Interior* (2017), todas de la Excm. Corte Suprema.

¹⁹ Así, *J.O.B. con Subsecretaría del Interior* (2017), en que se trata de un homicidio, o en *J.M.G. con Subsecretaría del Interior* (2017) en que el delito por el que se hizo procedente la condena y la sanción de expulsión administrativa fue el tráfico de 27 kilos de cocaína, en ambos casos con el voto disidente del ministro Sr. Künsermüller.

²⁰ *C.B.B. contra Subsecretario del Interior; Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2013).

²¹ *F.O.V. contra Jefatura de Extranjería Policía Internacional de Investigaciones de Chile* (2014).

²² *L.L.P. contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2013).

²³ Véase sentencias *G.T.K. contra Intendencia Regional de Antofagasta* (2015); *A.A.M. contra Intendencia de la Región de Tarapacá* (2014), *F.O.V. contra Jefatura de Extranjería Policía Internacional de Investigaciones de Chile* (2014); *H.A.B. contra Ministerio del Interior* (2016) y *J.A.P. en contra del Primer Juzgado de Letras de Melipilla* (2016), todas de la Excm. Corte Suprema.

²⁴ *F.O.V. contra Jefatura de Extranjería Policía Internacional de Investigaciones de Chile* (2014).

de la gravedad de la conducta que se imputa como de las circunstancias que rodearon su comisión, la que debe sopesarse, además, con la actual situación personal, familiar, y el arraigo del ciudadano afectado. De no efectuarse tal evaluación, la actuación del ente administrativo deviene en ilegal y arbitraria, es decir, que en todos los fallos citados y revisados nos enfrentamos a la ponderación de la situación de la identidad familiar de los menores, pero siempre como un argumento que refuerza lo que ya se ponderó por otros factores como los antes indicados, es decir, estos denominados criterios de gravedad, lo que implica que se considera que sin ellos la Convención no permite alterar las decisiones por sí misma y, por tanto, no sería norma aplicable aunque sea contradicha de forma expresa por los fallos de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

Discrepamos, por todo lo anteriormente referido, de lo señalado por Alexis Mondaca²⁵, en cuanto para nosotros no constituye un abuso de los nexos familiares el alegar su existencia para fundar la solicitud de un migrante que desea revocar su resolución administrativa de expulsión, ya sean relativos a la existencia de matrimonio, convivencia o, en el caso que nos interesa, el relativo al derecho de hijos menores de edad cuyos derechos humanos están amparados conforme a la CDN. No obstante, creemos que se da una subestimación de la jerarquía o incluso de existencia de la Convención como norma aplicable en nuestro país, en cuanto ella solo puede ser invocada como argumento para ciertos hijos cuyos sus padres mantengan determinado comportamiento. Con todo, la visión que se ha expuesto en este trabajo se limita a plasmar la realidad en que nuestros tribunales han resuelto situaciones relativas a los derechos de identidad de menores en los últimos años.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Doctrina citada

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992): *Derecho de la Identidad Personal* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

²⁵ MONDACA (2017), p. 249.

- MONDACA MIRANDA, Alexis (2017): “La entidad de los vínculos de familia según la Corte Suprema de Chile, para efectos de revocar las resoluciones de expulsión de migrantes”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 33.
- TAPIA LADINO, Mónica (2012): “Frontera y migración en el norte de Chile a partir del análisis de los censos de población. Siglos XIX-XXI”, en *Revista de Geografía Norte Grande* N° 53, Universidad Católica de Chile.
- UNICEF; ACNUR y OIM (2012): *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos*, (Santiago, Acnur, OIM, Unicef).
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola y ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2015): “Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentarios al proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 22, pp. 393-418.

Jurisprudencia citada

- C.X.M. con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016): Corte Suprema, 17 de agosto de 2016, rol N° 50010-2016. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- C.M.G. contra Policía de Investigaciones de Chile* (2017): Corte Suprema, 28 de marzo de 2017, rol N° 9317-2017.
- H.A.F. con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016): Corte Suprema, 18 de agosto de 2016, rol N° 50031-2016. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- J.C.F. con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2018): Corte Suprema, 23 de enero de 2018, rol N° 1233-2018.
- J.O.B. con Subsecretaría del Interior* (2017): Corte Suprema, 22 de agosto de 2017, rol N° 37229-2017. Westlaw CL/JUR/5487/2017.
- J.M.G. contra Subsecretaría del Interior* (2017): Corte Suprema, 22 de junio de 2017, rol N° 30361-2017. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- V.S.L.* (2010): Corte Suprema, 8 de junio de 2010 rol N° 3867-2010. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- M.B.M. contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016): Corte Suprema, 22 de noviembre 2016, rol N° 87908-2016. Consulta unificada de causas Poder Judicial.

- M.P.* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de abril de 2017, rol N° 706-2017. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- M.P. contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad pública* (2017): Corte Suprema, 10 de abril de 2017, rol N° 11616-2017. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- Y.L.M. con Ministerio del Interior y seguridad pública* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de abril de 2014, rol N° 515-2014. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- M.B.M. con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad pública* (2016): Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de noviembre de 2016, rol N° 1064-2016. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- R.V. con Policía de Investigaciones de Chile* (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de mayo de 2013, rol N° 752-2013. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- M.U.L. con Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior* (2017) Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de junio de 2017, rol N° 1253-17. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- S.G.B. contra Intendencia Regional del Maule* (2017): Corte Suprema, 21 de marzo de 2017, rol N° 8397-2017. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- T.K. con Intendencia de la Región Metropolitana* (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de marzo de 2015, rol N° 401-2015. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- J.S.B. contra Intendencia de Tarapacá y Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de Policía de Investigaciones de Chile* (2013): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2013, rol N° 6366-2013. Consulta unificada de causas Poder Judicial.
- F.O.V. contra Jefatura de Extranjería Policía Internacional de Investigaciones de Chile* (2014): Corte Suprema, 20 de mayo de 2014, rol N° 10836-2014.
- L.L.P. contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (2013): Corte Suprema, 9 de enero de 2013, rol N° 66-2013.
- G.T.K. contra Intendencia Regional de Antofagasta* (2015): Corte Suprema, 2 de septiembre de 2015, rol N° 12356-2015.
- A.A.M. contra Intendencia de la Región de Tarapacá* (2014): Corte Suprema, 29 de abril de 2014, rol N° 9081-2014.

H.A.B. contra Ministerio del Interior (2016): Corte Suprema, 7 de enero de 2016, rol N° 190-2016.

J.A.P. en contra del Primer Juzgado de Letras de Melipilla (2016): Corte Suprema, 24 de marzo de 2016, rol N° 19279-2016.

C.B.B. contra Subsecretario del Interior, Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (2013): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2013, rol N° 6649-2013.