

## COMENTARIO DE SENTENCIA

# Órdenes de expulsión de extranjeros y el derecho de los hijos a no ser separados de sus padres: revisión de la sentencia rol núm. 102-2021 de la Corte de Apelaciones de Arica

*Expulsion orders of foreigners and the right of children not to be separated from their parents: review of judgment no. 102-2021 of the Court of Appeals of Arica*

Constanza Astudillo Meza 

castudillom@santotomas.cl

Camila Astudillo González 

castudillo3@santotomas.cl

*Universidad Santo Tomás, Santiago, Chile*

**RESUMEN** El presente artículo pretende revisar lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Arica, tribunal de alzada que ha dispuesto – con un voto disidente – que la expulsión de una ciudadana extranjera condenada por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes supone una infracción al derecho de sus hijos – y particularmente de aquél que ha sido diagnosticado con trastorno del espectro autista – a no ser separados de su familia, según lo dispone el artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

**PALABRAS CLAVE** Ordenes de expulsión; derechos del niño; protección de la familia; interés superior del niño; separación familiar.

**ABSTRACT** This article aims to review the decision of the Court of Appeals of Arica, a court of appeals that has ruled - with a dissenting vote - that the expulsion of a foreign citizen convicted of drug trafficking is an infringement of



Este trabajo está sujeto a una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional Creative Commons (CC BY 4.0).

the right of her children - particularly the one diagnosed with autism spectrum disorder - not to be separated from their family, as provided for in Article 9 of the International Convention on the Rights of the Child.

**KEYWORDS** Expulsion orders; children's rights; family protection; best interests of the child; family separation.

## I. Introducción

Tal y como se ha adelantado, el equipo de abogados de la Fundación Servicio Jesuita a Migrantes interpuso ante la Corte de Apelaciones de Arica un recurso de amparo en favor de T.R.M.A., de nacionalidad boliviana, y en contra de la Intendencia Regional de Arica y Parinacota, que mediante una resolución exenta expulsa a la amparada del territorio nacional, alegándose que dicho acto administrativo constituye una vulneración al derecho a la libertad personal, garantizado en el art. 19 N°7 letra a) de la Constitución Política de la República. La decisión administrativa se toma tras haber sido la amparada condenada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y una multa a beneficio fiscal, en calidad de autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Durante su privación de libertad, conoció a su actual pareja, consolidando una relación una vez cumplida la pena, y conformando un hogar común del cual nacieron dos hijos, ambos chilenos, contrayendo además con posterioridad un acuerdo de unión civil. Durante el año 2020, el hijo mayor fue diagnosticado con rasgos del trastorno espectro autista. Así las cosas, la Corte de Apelaciones de Arica acoge el recurso de amparo, resolviendo en favor del interés superior del niño, la identidad familiar y nacional, la Convención internacional de los Derechos del Niño y el deber del Estado de velar porque los niños no sean separados de sus padres en contra de su voluntad, sin perjuicio de un voto en contra, que está por rechazar el recurso de amparo tras razonar que los intereses de la comunidad no pueden ceder en favor de los intereses individuales de índole familiar de la amparada.

En este contexto, resulta relevante determinar el marco normativo en el que se encuadra el problema jurídico, debiendo realizar un análisis no sólo de aquellos cuerpos normativos internacionales que regulan derechos humanos, sino también lo relativo a la normativa nacional de migración. Como hemos señalado al inicio del artículo, la sentencia analizada plantea como problema jurídico una colisión de derechos que supone ponderar si, en la especie, prevalecerá el interés superior del niño y su derecho a no ser separado de su familia, por sobre las facultades de la Administración para decretar la expulsión de extranjeros que hayan sido condenados por delitos cometidos en nuestro país. Para resolver lo anterior, se torna necesario no sólo revisar la normativa familiar asociada a estos principios y derechos reconocidos a niños, niñas

y adolescentes, sino también algunas bases que se establecen en la Ley de Migración y también en el Reglamento de Extranjería (publicado el 24 de noviembre de 1984).

Como primera cosa, la ley de extranjería y migración define la expulsión en el art. 126, señalando al efecto que *“La expulsión es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia,”* e indica seguidamente que esta medida puede ser decretada tanto por resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente, o bien por el tribunal con competencia en lo penal, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico y, en especial, con lo dispuesto en la ley Núm. 18.216, que establece penas que indica como substitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

Adicionalmente, el Reglamento de Extranjería prescribe en el art. 13 que es la autoridad administrativa a quien le corresponde resolver sobre las expulsiones de extranjeros, tratándose de una decisión de tipo discrecional según la conveniencia o utilidad que reporta al país la concesión de estos permisos, y ponderando además la reciprocidad internacional.

Nuestra jurisprudencia también ha realizado algunas aproximaciones acerca de esta facultad para decretar expulsiones, definiéndola la Corte Suprema como un *“acto administrativo emanado de la autoridad competente, dictado en ejercicio de las facultades expresas que la ley le confiere”*.

Sin perjuicio de lo anterior, esta discrecionalidad encuentra su límite en la propia regulación nacional e internacional sobre la materia: primero que todo, la ley de migración establece obligaciones en lo que respecta a la promoción, respeto y garantía de los derechos de los extranjeros, estableciendo en el art. 3 que el Estado deberá proteger y respetar sus derechos humanos, sin importar su condición migratoria. Agrega en el inciso quinto que el Estado deberá promover, respetar y garantizar los derechos que le asisten a los extranjeros en Chile, y también los deberes y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En este sentido y en concordancia con lo antes descrito, precisamente aparece como adecuado lo resuelto en el fallo en comento, toda vez que la Corte razona en el considerando cuarto lo que sigue:

*“CONSIDERANDO CUARTO: El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige – a propósito de las atribuciones que detentan por ley los órganos de la Administración del Estado -, además, el respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad (...) aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento,*

---

1. MONDACA (2017) p. 239.

lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal.”

En lo que respecta a los tratados internacionales, el art. 3 inciso sexto de la ley de migración indica que tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete *“a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, para lo cual podrá recurrir, si ello no fuere posible, a la asistencia y cooperación internacional”*.

Adicionalmente, y en el contexto de la igualdad ante la ley como derecho humano, el art. 3 inc.7 obliga al estado de Chile a asegurar a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación, idea que se refuerza en el art. 13 del mismo cuerpo normativo, que prescribe que *“El Estado garantizará, respecto de todo extranjero, la igualdad en el ejercicio de los derechos, sin perjuicio de los requisitos y sanciones que la ley establezca para determinados casos”*.

## **2. El principio de protección de la familia y el consecuente derecho de los niños a no ser separados de sus padres**

### **2.1 Regulación y consagración normativa del principio de protección de la familia en nuestro sistema de normas**

La importancia que tiene nuestra familia como núcleo de nuestra sociedad es una cuestión que hoy por hoy resulta innegable. Su consagración y mandato de protección se encuentra no sólo en la legislación general nacional, sino que también en tratados internacionales ratificados por Chile, e incluso en nuestra Carta Fundamental.

La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su art. 16.3 que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*, redactada en términos muy similares en el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el art. 10.1 que *“se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”*.

Por su parte, la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece en el art. 8 que *“Los Estados Parte 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”*. Este deber de protección a la familia también se encuentra en el preámbulo de la Convención, que establece que *“(…) con-*

*vencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, agregando luego que “(...) reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.*

Nuestra Carta Fundamental, por su parte, establece en el art. 1 inc.2, a propósito de las bases de la institucionalidad, que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Además, y como hemos señalado en el acápite anterior, de conformidad a su quinto artículo otorga validez y vigencia a todo aquello que disponen los tratados internacionales descritos en el párrafo anterior.

Adicionalmente, nuestra legislación nacional también recoge - aunque de forma indirecta - la importancia de la familia, a través de estatuto protector de las relaciones de familia, que comprende las normas sobre filiación, existencia del matrimonio, la regulación del derecho de alimentos, los derechos sucesorios, las medidas de protección y de violencia intrafamiliar, e inclusive aquello que guarda relación con la compensación económica y con todas aquellas vías alternativas de resolución de conflictos, distintas de la vía jurisdiccional.

## **2.2 Contenido del principio de protección de la familia**

Tal y como apunta Barrientos, la familia y la vida en ella constituyen un espacio vital en el que las personas pueden perseguir y alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, y desde esa perspectiva, se justifica plenamente que en las bases de la institucionalidad se declare, particularmente en el art. 1 inc.3 de la Constitución Política de la República de Chile, que la familia ocupe un lugar central en el derecho de las personas, en cuanto a que todas tienen un determinado *status familiae*<sup>2</sup>.

Lo anterior implica que, como indica Lepin<sup>3</sup>, el Estado tiene el deber de dar protección a la familia, obligando la norma constitucional a todos los poderes del Estado: en tal sentido, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo deben dictar normas que se integren en el estatuto protector de la familia, mientras que el Poder Judicial tiene que concretar dicha protección al aplicar la norma específica a los casos que se sometan a su pronunciamiento, lo que desde luego no sólo obliga a los Tribunales de Familia, sino también a todos los órganos jurisdiccionales de nuestro país que se encuentren conociendo de asuntos cuya implicancia pueda afectar los vínculos familiares o a sus individuos como tales, e incluso a aquellos órganos que ejercen funciones administrativas.

---

2. BARRIENTOS (2011) p. 3.

3. LEPIN (2017) p. 52.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la protección de la familia suele tener como principal componente una obligación de tipo estatal, lo cierto es el mandato incluso supone cierto compromiso social en su protección. Como señala DEL PICO, “la sociedad involucra una voluntad de pertenencia, como ocurre en la sociedad política y concretamente, el Estado. Ambas expresiones de colectividad humana tienen una responsabilidad de carácter primario en el caso de la comunidad y secundario en el de la sociedad, respecto de la protección de la familia, tanto nuclear como extendida, basada en el matrimonio o en la unión estable de dos personas. Esta responsabilidad deriva directamente del carácter nuclear de la familia respecto de ambas expresiones colectivas, siendo *naturalmente asumida en el caso de las comunidades y jurídicamente consagrada en el caso de la sociedad, como ocurre en el caso chileno con ocasión de su tutela constitucionalmente declarada*”<sup>4</sup>.

Así las cosas, de conformidad al marco constitucional del principio en estudio, nos encontramos frente a dos grandes deberes estatales: por un lado, la obligación de fortalecimiento de la familia; por otro, el deber de dar protección a la misma.

En lo que respecta a la obligación de fortalecimiento de la familia, compartimos lo señalado por Lepin<sup>5</sup>, quien indica que “tanto las normas como las políticas públicas deben ir encaminadas a mantener y reforzar los vínculos familiares, velando por el interés familiar pero con pleno respeto a los derechos fundamentales de sus integrantes”, agrega luego el autor que la familia es la institución que mejor cumple con las funciones esenciales para el desarrollo de todo ser humano, como lo es la función biológica (sexual y reproductiva), la educativa (socializa a los niños en cuanto a conductas, hábitos y valores), la económicas (alimentación, salud, habitación, vestuario y recreación) y la función protectora (seguridad y cuidados de sus integrantes, principalmente de los más débiles, niños, ancianos e incapaces)<sup>6</sup>.

En cuanto al deber del Estado de dar protección a la familia, y como ya hemos señalado, la norma constitucional obliga a todos los poderes del Estado, pero también desde la perspectiva de las normas civiles, podría señalarse que este principio está determinado por la existencia del matrimonio – aunque no excluyente –, las normas sobre filiación, los alimentos, los derechos sucesorios e, incluso, sobre violencia intrafamiliar, lo que en su conjunto, integran un estatuto protector de las relaciones familiares<sup>7</sup>.

---

4. DEL PICO (2016) p .47.

5. LEPIN (2017) p. 52.

6. LEPIN (2014) p. 15.

7. LEPIN (2014) p. 17.

### 2.3 Vínculo del principio de protección de la familia con el interés superior del niño

En mérito a la eventual afectación que puede devenir en los derechos de un menor de edad la decisión de expulsar del país a un miembro de su grupo familiar, creemos que es importante revisar el interés superior desde su naturaleza de derecho sustantivo, concepción que se traduce en “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño<sup>8</sup>”.

La toma de decisiones en consideración a su mejor interés no resulta algo sencillo, pues estamos ante una cláusula general en la que “el legislador incide escasamente en el contenido particular del principio y se configura como un concepto jurídico indeterminado, con remisión, para su precisión efectiva, al momento y a la persona que deba aplicar la norma y por ende el concepto, con la correspondiente adecuación del mandato legal a cada supuesto determinado, a la amplia variedad de personas implicadas y a la pluralidad de situaciones que pudieran suscitarse<sup>9</sup>”.

En cuanto a la indeterminación del concepto de interés superior, bajo el prisma de derecho sustantivo, creemos que resulta una ventaja pues nos permite construirlo atendiendo al contexto en particular. En este sentido, como lo ha planteado Rodríguez, estamos en presencia de “un concepto que depende demasiado de las coordenadas personales y circunstancias del caso; y, además, es cambiante, evoluciona con el paso del tiempo<sup>10</sup>”.

En la actualidad se hace indispensable que la judicatura realice el ejercicio de construir el interés superior desde todos los derechos consagrados en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, y no solo desde un paradigma clásico, por consiguiente, y atendiendo a lo expresado, el interés superior “le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que (...) no construye soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no sólo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente<sup>11</sup>”.

En este sentido, compartimos plenamente lo señalado por Mondaca, quien apunta que la aplicación de la medida de expulsión debe considerar siempre la eventual afectación del principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Este principio, en conformidad a lo establecido en el artículo 3.1 de la Convención de los De-

8. Observación General N° 14 (2013). “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” (artículo 3, párrafo 1), Doc. ONU CRC/C/GC/14, párrafo. 11.

9. RAVETLLAT y PINOCHET (2015) p. 906.

10. RODRÍGUEZ (2009) p. 568.

11. LEPIN (2013) p. 287.

rechos del Niño, exige que en las decisiones adoptadas por las autoridades públicas y privadas de bienestar social, tribunales de justicia, órganos administrativos y poder legislativo, el interés superior del niño sea una consideración primordial. Atendido lo anterior, en los recursos de reclamación deducidos por los afectados por una medida de expulsión, se ha indicado que debe formar parte del proceso de razonamiento judicial un análisis de la entidad de los vínculos de familia constituidos por el inmigrante, y especialmente, la generación de descendencia. De no suceder lo anterior, se corre el riesgo de que la sanción de expulsión sea desproporcionada, al provocar su ejecución más daños que beneficios<sup>12</sup>.

#### **2.4 Función del principio de protección de la familia en las órdenes de expulsión**

Como hemos señalado, los tratados internacionales sobre derechos humanos cumplen un importante rol al momento de ponderarse la decisión de expulsar a un extranjero de nuestro país. Ello, aunado a la normativa nacional sobre la materia, asociada principalmente al derecho familiar, pueden resultar determinantes al momento de resolver aplicar la expulsión como sanción.

El fundamento es la tutela de los vínculos familiares, pues se pondera la protección de la relación familiar y el perjuicio que devendría de resolverse la desvinculación de uno de sus miembros con ocasión de su expulsión del país. Tal y como apunte Mondaca, resulta inadecuado que al inmigrante amenazado con expulsión en el contexto de un juicio de extranjería sea considerado de forma aislada, debiendo siempre ponderarse su realidad familiar<sup>13</sup>.

Lo anterior no sólo debe considerarse desde la perspectiva del sancionado, sino también respecto de los demás miembros del grupo familiar, sobre todo cuando nos referimos a menores de edad; piénsese, por ejemplo, que el expulsado fuese el padre o madre de un niño, niña o adolescente, quien no sólo experimentará – muy probablemente – una desmejora económica en la satisfacción de sus necesidades más básicas, sino que también se vería despojado de sus figuras de apego y protección.

Todo ello es recogido por la Corte de Apelaciones de Arica en el fallo que se estudia, señalando expresamente en el considerando octavo que:

CONSIDERANDO OCTAVO: (...) resulta imperiosa la realización de un control de proporcionalidad entre la medida adoptada por la recurrida y los derechos que con su ejecución puedan resultar vulnerados, no solo de la amparada, sino también de su núcleo familiar (...) de manera que de ejecutarse tan drástica medida, obviamente se transgrede el interés superior del niño indicado, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infrin-

---

12. MONDACA (2018) p. 263.

13. MONDACA (2018) p. 240.

giendo 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, estatuto que expresamente establece como principio, la imposibilidad que los Estados partes de la convención, propendan a la separación física de los padres en relación a sus hijos, sin perjuicio que además, se violentan lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta.

De allí que cobra relevancia la alusión a los tratados internacionales sobre derechos del niño, y a la debida protección y garantía que debe otorgársele a su derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por estos, de conformidad a lo dispuesto en el art. 7.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Del mismo modo, no debe perderse de vista que en el mismo cuerpo normativo se establece el derecho del niño a no ser separado de sus padres en contra de su voluntad (art. 9.1) salvo que exista una causa que así lo justifique.

Lo anterior no es una cuestión aislada. La propia ley de migración hace alusión en diversas disposiciones a la importancia de los vínculos familiares y, particularmente, al respecto que debe observarse por los derechos de niños, niñas y adolescentes. Así las cosas, el art. 4 de la ley de migración hace referencia al interés superior del niño, niña y adolescente, estableciendo que: *“El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que los tengan a su cuidado.”*

Por otro lado, existe una serie de disposiciones en la ley de migración que hace alusión a los vínculos familiares o matrimoniales como elementos que deben ponderarse al momento de tomar ciertas decisiones de carácter administrativo y que involucran permisos, permanencias o expulsiones de migrantes.

Sin ir más lejos, y a propósito de la postulación de los residentes temporales titulares, el art. 79 inc. 3 de la ley de migración establece que:

*“Se podrá otorgar la residencia definitiva a los extranjeros titulares de un permiso de residencia temporal que admita su postulación y que hayan residido en el país en tal calidad por a lo menos veinticuatro meses. Sin embargo, mediante reglamento se podrá establecer que el plazo de residencia temporal necesario para postular a la residencia definitiva sea de hasta cuarenta y ocho meses, en mérito de los siguientes antecedentes personales del interesado: El reglamento señalado en el inciso precedente podrá también establecer un plazo de residencia temporal para postular a la residencia de-*

*finitiva inferior a dos años, pero no menor a uno, en atención a las siguientes circunstancias personales del interesado: 1. Vínculos familiares con nacionales o residentes definitivos.*

En un sentido similar, el art. 80 de la ley de migración otorga una prerrogativa a los ascendientes en línea recta, prescribiendo que “*Se podrá también otorgar la residencia definitiva a los ascendientes en línea recta de los extranjeros que alcancen dicha categoría, o a los de su cónyuge o conviviente, siempre que estén bajo su cuidado o manutención, según lo establecido en el numeral 1 del inciso segundo del artículo 79*”.

Por su parte, el art. 85 señala a propósito de la nacionalización calificada que “*También podrán solicitar la nacionalización aquellos residentes definitivos que acrediten dos años de residencia continuada en el territorio nacional, y que tengan alguno de los siguientes vínculos con la República de Chile: 1. Los que tengan la calidad de cónyuge de chileno, a lo menos durante dos años y cuyo matrimonio se encuentre inscrito en Chile, siempre que en el mismo periodo se cumpla lo dispuesto en el artículo 133 del Código Civil. 2. Los parientes de chilenos por consanguinidad hasta el segundo grado inclusive y los adoptados por chilenos. 3. El hijo cuyo padre o madre, habiendo sido chileno, haya perdido la nacionalidad chilena con anterioridad al nacimiento de aquél*”.

Como puede apreciar el lector, los vínculos familiares son una cuestión determinante en la toma de ciertas decisiones que afecten la estadía o la simple situación migratoria de un individuo que se encuentre en nuestro país sin detentar la nacionalidad chilena. Particularmente gozan de la prerrogativa los familiares directos, vale decir el o la cónyuge y los hijos, excluyéndose aquellos grupos familiares que constituyen la familia extendida, como lo son los abuelos y los tíos o hermanos.

Finalmente, y en particular sobre la norma que regula las medidas de expulsión, resulta interesante lo señalado en el art. 129 de la ley de migración, que establece ciertas consideraciones que debe observar el Servicio al momento de decretar estas medidas respecto del extranjero afectado, dentro de las que se encuentran: “*1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión. 2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener. 3. La reiteración de infracciones migratorias. 4. El período de residencia regular en Chile. 5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva. 6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar. 7. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional*”.

Sin perjuicio de lo anterior, la mera existencia de un vínculo familiar no puede suponer *per se* un motivo que justifique revocar la decisión de expulsar un migrante en el contexto de un juicio de extranjería. Tal y como apunta Mondaca, “establecida

la necesidad de otorgar tutela a los vínculos de familia, debemos incluir en nuestro análisis la siguiente consideración: no basta con la mera acreditación formal de la existencia de un nexo de familia, sino que es necesario que este tenga un correlato en la realidad, debiendo existir una situación efectiva de arraigo familiar y no de una creación interesada de un vínculo de familia con la única pretensión de obtener la nacionalidad, la residencia o un beneficio previsional, un contrato de trabajo o derechamente evitar la ejecución de una resolución de expulsión<sup>14</sup>”, pues tal y como continúa razonando el autor, la simple existencia de algún vínculo de familia no puede significar impedir en términos absolutos la expulsión de un extranjero, no obstante los ilícitos que pudiese haber cometido, pues en caso contrario, sería suficiente, por ejemplo, con iniciar una relación de concubinato para transformar en ilusoria cualquier pretensión de expulsión por parte del ente administrativo<sup>15</sup>.

Así las cosas, la existencia de vínculos familiares y la constatación de un efectivo arraigo familiar son cuestiones de relevancia que deben ponderarse al momento de resolver la expulsión de un migrante de nuestro país, debiendo realizarse este análisis por el juez. En otras palabras, los nexos familiares constituyen un aspecto que debe representarse y ponderarse por el sentenciador, tomándose en cuenta la entidad e influencia de los vínculos de familia en la realidad social y particular del extranjero afectado con la expulsión<sup>16</sup>.

### **3. Ordenes de expulsión de progenitores y la consecuente infracción al derecho a la identidad personal y familiar de los hijos**

El derecho a la identidad no tiene una consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico nacional, no obstante se trata de un derecho que se encuentra reconocido en Chile<sup>17</sup> a través de los tratados internacionales a los que el art. 5 de nuestra Carta Fun-

---

14. MONDACA (2018) p. 245.

15. MONDACA (2018) p. 246.

16. MONDACA (2016) p. 379

17. *“Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la vigencia del derecho a la identidad en nuestro ordenamiento y ha sustentado una posición favorable basada en su vinculación con el concepto de dignidad humana como en su consagración en tratados internacionales de derechos humanos. En sentencia inaplicabilidad por inconstitucionalidad de 29 de septiembre de 2009, sostiene que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes (...) consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5o de la Carta Fundamental (...) la identidad personal está estrechamente ligado [sic] a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1o, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la*

damental le otorga valor<sup>18</sup>, lo que ha permitido que se incorporen a nuestro sistema jurídico las normas del PDCP (art. 24.1), de la CDN (arts. 7° y 8°) y del PSJCR (artículo 18), que reconocen, ya sea de forma expresa o tácita, el derecho a la identidad.

En primer lugar, parece razonable determinar qué debemos entender por “identidad”. La Real Academia Española la define en su segunda acepción como el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”, y luego, en la tercera acepción, se refiere a la identidad como la “conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. Teniendo en cuenta lo anterior y previniendo que la identidad es un término difícil de definir, en principio podríamos decir que está formada por “aquellas características y vivencias personales que nos llevan a sentirnos y percibirnos como distintos a los demás, nos ayudan a ubicarnos en nuestro entorno social y nos empujan a dirigirnos a nosotros mismos, dando sentido a nuestra propia vida”<sup>19</sup>. También podría definirse como el “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en sociedad, es decir, todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no otro”<sup>20</sup>.

En tal sentido, el concepto de derecho a la identidad se traduce en un derecho personalísimo y de tercera generación<sup>21</sup>, consistente en “la facultad de todo ser humano a que se respete su propia verdad, lo que incluye su historia y su particular configuración física, psíquica, familiar, social y cultural”<sup>22</sup>. De lo anteriormente expuesto, fluye que para que una persona logre desarrollar cabalmente su personalidad, es necesario que ésta conozca sus orígenes, quiénes son sus padres y quienes constituyen su familia<sup>23</sup>.

---

*dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país; (Sentencia de 21 de septiembre de 2009, Rol No. 1340-9)”. CORRAL (2010) s/p.*

18. Asimismo, creemos que el derecho a la identidad se desprende del principio de dignidad de las personas (consagrado en el art. 1° de la CPR) y de él depende, además, el libre desarrollo de la personalidad, pues el derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño o niña. CORRAL (2009) p. 86.

19. GÓMEZ-BENGOECHEA Y BERÁSTEGUI (2008) s/p.

20. LÓPEZ (2001) p. 65.

21. GÓMEZ DE LA TORRE (2012) p. 49.

22. VELOSO y SCHMIDT (2001) p. 68.

23. Siguiendo a GÓMEZ DE LA TORRE (2012) p. 60, quien a mayor abundamiento indica que “(...) la identidad personal comprende tres acepciones: una que hace referencia a la realidad biológica, otra a los caracteres físicos y la última a la realidad existencial. A su vez, en la realidad biológica hay que hacer una segunda distinción entre identidad genética y la identidad filiatoria. La primera se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos mediante el cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona. La segunda es un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres”.

Por lo anterior nos parece acertado lo razonado por la Corte, al señalar en el considerando décimo que:

CONSIDERANDO DÉCIMO: (...) la ejecución del acto impugnado no aparece razonable, justificado ni proporcional, por el contrario, desde la mirada de los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, vulnera el artículo 9 de la misma, ya que establece que los Estados deben velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de estos, salvo las excepciones que allí señala y que no resultan atinentes.

Como hemos adelantado, la CEDN reconoce de forma explícita el derecho a la identidad en el artículo 8.10, graficando claramente el contenido de este derecho al indicar que *“todo niño tiene derecho a la protección de su identidad, y, en su caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas”*.

Este derecho a la identidad, como apunta, Gómez de la Torre, es un derecho autónomo que abarca el derecho a la identificación<sup>24</sup>, y como acertadamente señala López, aquello incluye el derecho a conocer el origen biológico, el derecho a la identidad familiar (pertenencia a ella o relacionarse con ella), el derecho a una sana y libre formación de la identidad personal y el derecho a transformar esa identidad<sup>25</sup>. El derecho a la identidad, entonces, dice relación con la facultad que tiene toda persona en orden a que se respeten aquellas características, atributos y vivencias personales que nos hacen ser distintos a los demás<sup>26</sup>, tales como las características propias, los defectos y las virtudes, entre otros.

Ahora bien, habiendo delimitado el contenido del derecho a la identidad, resta determinar si se trata de un derecho expresamente reconocido en nuestra legislación y cuál es la jerarquía que detenta en nuestro ordenamiento jurídico respecto de otros derechos o facultades. Como se adelantó, en Chile, a partir de lo que indica el art. 5 de nuestra Carta Fundamental, se reconoce la validez de los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes, lo que se traduce en la imposición a los órganos del Estado de la obligación de respetar los derechos que emanan tanto de la naturaleza humana como de los tratados internacionales que cumplan

---

24. A su turno, GÓMEZ DE LA TORRE (2012) señala que *“una persona (...) necesita conocer su identidad, es decir, conocer su origen, saber quiénes son sus padres, quienes constituyen su familia”*. GÓMEZ DE LA TORRE (2012) (n. 22) p. 49. A mayor abundamiento, indica la autora que *“la identidad es el resultado de la identificación, y para identificarme necesito saber quién soy, investigar mi origen.”*, en GÓMEZ DE LA TORRE (2012) (n. 22) p. 60.

25. LÓPEZ (n. 21) pp. 133-134.

26. GOMEZ-BENGOECHEA y BERÁSTEGUI (n. 20). (2008) s/p.

con las características recién mencionadas<sup>27</sup>, gozando estos últimos de jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico respecto de normas de menor entidad, tales como el Código Civil o las normas especiales<sup>28</sup>. Así, en el ámbito nacional, el derecho del niño a conocer los orígenes biológicos se deriva de diversos tratados internacionales; a saber, la CDN, el PIDCP y la CPCAI<sup>29</sup>.

En la CDN, promulgada el 14 de agosto de 1990, publicada el 27 de septiembre y ratificada por Chile el 13 de agosto del mismo año, los arts. 7 y 8, establecen, respectivamente, que “*el niño*<sup>30</sup> (...) *tendrá derecho (...), en la medida de lo posible, a conocer a sus padres*”, y que “*los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a*

---

27. Sobre este punto, es importante hacer mención a la jerarquía de estos tratados dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, a fin de establecer su preeminencia sobre otro tipo de normas de menor jerarquía. En este sentido, en doctrina se discute si los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, como son aquellos que con el niño tienen atingencia, poseen rango constitucional. Los que así lo estiman, por la importancia de este tipo de convenios, afirman que, en caso de discrepar su contenido con una norma de otro nivel, el único camino es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Si, por el contrario, se estima que los tratados carecen de rango constitucional por cuanto su aprobación sigue la misma tramitación de las leyes, se discute, en caso de pugna con una norma legal, si el tratado rige *in actum* o debe adaptarse el ordenamiento jurídico a su contenido. Ello ha dado origen a las teorías monista, para la cual basta la sola ratificación del tratado para que sus normas formen parte del ordenamiento jurídico nacionalista, y, dualista, que exige para la vigencia del tratado que sus normas sean transferidas a la ley nacional. En Chile, nuestra Carta Fundamental impone en el artículo 5° el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. En este sentido podemos realizar las siguientes distinciones: si hay una disposición del Derecho Internacional incorporada a nuestra legislación, ésta se aplica; en ausencia de una disposición en nuestra legislación interna, nuestra jurisprudencia ha aceptado mayoritariamente que es válida la disposición internacional contemplada en el tratado; finalmente, si existe contradicción dentro de las normas del Derecho Internacional y el Derecho Interno, este último debe ser reformado. BAVESTRELLO (2003), p. 30.

28. En este sentido se pronuncia LÓPEZ, en “Nuevo Estatuto de Filiación y Derechos Esenciales”, quien indica que “(...) *la mayoría de los autores señalan que estos Tratados gozan de un rango mayor que el de la ley. Las diferencias se producen al momento de determinar si son de igual o inferior rango que la propia Constitución. A pesar de ser casi uniforme la doctrina hay quienes estiman, minoritariamente, que los Tratados Internacionales sobre derechos humanos son del mismo rango de la ley. A mi juicio, estos autores, aún no se han dado cuenta de que toda la interpretación de la Carta Fundamental debe hacerse en función de su principio rector: el Estado está al servicio de la persona, y por lo tanto, ella es el fin de toda organización jurídica. No puede sacrificarse el reconocimiento y respeto de los DD.HH. en vías de una supuesta supremacía constitucional*”. LÓPEZ (2001) pp. 39-40.

29. Existen autores que consideran que el PSJCR también reconoce el derecho a la identidad en su art. 18, que consagra el derecho al nombre en los siguientes términos: “*toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante los nombres supuestos, si fuere necesario*”. Se trata de una consagración, sin lugar a dudas, del derecho a la identidad.

30. Asimismo, el mismo Tratado indica en el art.1 qué comprende la noción de “niño”, indicando que por tal debemos entender “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes su mayoría de edad*”.

*preservar su identidad*”, y finalmente que “*cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*”. El mismo art. 7 indica en su segunda parte que “*los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera*”, este derecho – y todos los demás derechos que consagra el Tratado – deberán ser respetados por los Estados Parte, asegurando su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna<sup>31</sup>.

A su turno, el PDCP, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas por resolución N° 2.200 el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Chile el mismo año, indica en el art. 24.1 que “*todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre*”. Al igual que la CDN, este tratado contiene una norma que obliga a los Estados Parte a respetar y garantizar a los individuos que se encuentren en su territorio y sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el pacto<sup>32</sup> obligando, por tanto, a cumplir con el derecho a la identidad a aquellos países que lo han ratificado.

En lo que respecta a la legislación nacional, nuestro ordenamiento jurídico sólo contiene algunas normas aisladas que se refieren, tanto directa como indirectamente, al derecho a la identidad, todo ello como consecuencia, aparentemente, de la escasa legislación sobre menores que poseemos en nuestro país. Tal como apunta Bavestrello<sup>33</sup>, es un hecho indiscutible que nuestro país está muy por debajo de la exigencia internacional en lo que a defensa de derechos del niño se refiere. Carecemos tanto de un Código del Menor como de uno de Familia y sólo leyes aisladas se refieren a sus derechos, al igual que algunas disposiciones de nuestros Códigos Civil, Penal y del Trabajo. Por otra parte, nuestra Constitución Política se preocupa más bien de la defensa global de los derechos humanos que de la protección de los niños en particular, aunque también y evidentemente se refiere a ellos.

---

31. Esto según se indica en el art. 2.1 del Tratado: “*Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*”.

32. Art. 2.1: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

33. BAVESTRELLO (2003) p. 36.

En conclusión, existen diversas normas internacionales que consagran este derecho, y aquellas que han sido ratificadas por nuestro país obligan al Estado chileno a adoptar las medidas necesarias tendientes a asegurar el ejercicio de este derecho, o como indica Gómez de la Torre, al menos a otorgar los medios necesarios para acceder a las fuentes veraces de información<sup>34</sup>.

#### 4. El interés superior del niño: el voto disidente

La CDN consagra el interés superior del niño en el art. 3.1, en los siguientes términos: *“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”*<sup>35</sup>.

En el ámbito nacional, el interés superior del niño es un principio transversal que inspira toda nuestra legislación sobre menores, y que encuentra consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico a propósito de la Ley N° 19.585, que incorpora el principio al CC Chileno en los arts. 222 inc. 2°, 225 inc. 3 y 242 inc. 2°<sup>36</sup>, y de la Ley 19.620, que en el art. 1° señala que la adopción tiene por objeto velar por el interés del adoptado. Por su parte, la Ley de Matrimonio Civil<sup>37</sup> consagra al interés superior del niño como uno de sus principios informadores, indicando que las materias que regula esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos, reiterando ideas similares en los arts. 27 inc. 2°, 36 y 85 inc. 2°, mientras

---

34. GÓMEZ DE LA TORRE (2012) p. 60.

35. En efecto, tal y como indica CILLERO, podemos extraer de la definición lo siguiente: *“(…) la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”*. CILLERO, (1999) pp. 60-61.

36. Art. 222 inc. 2°: *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.”* Art. 225 inc. 3: *“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.”* Art. 242 inc. 2°: *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.”*

37. En adelante LMC.

que la ley que crea los Tribunales de Familia lo consagra en el art. 16 inc. segundo y 30. Finalmente, y pese a que se trata de una norma que regula materias distintas a las civiles, encontramos consagración de este principio en el art. 2° de la Ley 20.084, que establece un sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

Por lo antes descrito es que estimamos que el voto disidente del fallo en análisis desconoce la existencia y relevancia que este principio tiene en nuestro sistema, al formular que: “(...) el fallo acogido con un voto en contra, estableciéndose que el arraigo invocado no resta mérito a la gravedad del delito cometido por la amparada, ni altera los bienes jurídicos que en su oportunidad afectó, no pudiendo los intereses de la comunidad ceder en favor de sus actuales intereses individuales de índole familiar, si precisamente su puesta en riesgo a sus propias actuaciones.”

Como hemos señalado, el interés superior del niño se trata de un mandato, una obligación, una prescripción de carácter obligatorio dirigido tanto a las instituciones públicas como a las privadas en orden a adoptar sus decisiones siempre en consideración al mejor interés del menor, es decir que “*la protección de los derechos del niño prima sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como cualquier otro cálculo de beneficio colectivo*”<sup>38</sup>. En este sentido, el interés superior del niño consistiría en la plena satisfacción de sus derechos, permitiendo resolver conflictos de intereses recurriendo a la ponderación de los mismos<sup>39</sup>. Se trata entonces de un “*criterio rector*”<sup>40</sup> que debe guiar, ilustrar e informar todas las actuaciones de los organismos, públicos, privados, de las personas naturales y de todos aquellos que de algún modo puedan mediante sus acciones vulnerar los derechos de los niños<sup>41</sup>; o como indica Gómez de la Torre<sup>42</sup>, se “*otorga al interés superior del niño un carácter fundamental, con un rol jurídico definido, que se proyecta no solo al ordenamiento jurídico, sino también a las instituciones públicas y privadas de bienestar social*”.

La notoria vinculación que tiene este principio con el derecho a la identidad consiste en que todo menor de edad tiene derecho a que se respete el ejercicio de sus de-

---

38. Por su parte CILLERO (1999) indica quien: “(...) *la única interpretación posible del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo*”. CILLERO (n. 36) p. 49.

39. CILLERO (1999) pp. 54-55.

40. Una idea similar sustenta BAVESTRELLO, que señala que: “*El juez debe buscar siempre la resolución que más favorezca al menor, preferentemente en lo relacionado con su vida futura. Especial énfasis ponen en ello las Convenciones de los Derechos del Niño, de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional y de los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños*”. BAVESTRELLO (2003) p.41.

41. CAMPILLAY (2005) p. 57.

42. GÓMEZ DE LA TORRE (2012) p. 41.

rechos, pues esa es la vía que le permitirá alcanzar la plena satisfacción de los mismos, y en este sentido, cualquier injerencia que afecte o vulnere de algún modo este ejercicio estaría contrariando este principio. Sobre este punto se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Valdivia, quien ha señalado que *“Entre los derechos del niño, que se contienen en el principio del interés superior de éste, está el derecho a la identidad, que se traduce en que toda persona tiene derecho a conocer su origen, comprendiendo en ello el derecho a conocer a sus padres y que consiste en el conjunto de atributos tanto biológicos como aquellos referidos a su personalidad, que precisamente permiten la individualización de un sujeto en la sociedad<sup>43</sup>”*.

En este sentido, tal como indica Gómez de la Torre, creemos que se trata en síntesis de *“garantizar al niño el ejercicio y satisfacción efectiva de los derechos y garantías que surgen de su calidad de persona humana, los que deben ser respetados en el ejercicio de la autoridad de los padres, en las resoluciones que dicten los jueces y en las medidas que tomen los organismos públicos y privados al respecto<sup>44</sup>”*, lo que nos permite concluir que el derecho a la identidad es, en gran medida, una manifestación del principio del interés superior del niño, y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico se debe construir sobre la base de una estructura consecuente con estos principios.

## 5. Conclusiones

Las órdenes de expulsión son medidas impuestas por la autoridad competente, ya sea administrativa o judicial, que se adopta de forma discrecional en función de la utilidad o conveniencia que reporte al país. Sin perjuicio de lo anterior, esta discrecionalidad encuentra su límite en la obligación de protección y respeto por los derechos humanos de los extranjeros, y debe necesariamente disponerse en un marco de coherencia con el resto de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

En este contexto, al disponerse la orden de expulsión de un extranjero, debe necesariamente ponderarse su situación familiar, en especial cuando existen menores de edad que pudiesen verse afectados con la medida.

Por lo anterior, no resulta posible desatender el principio de protección de la familia al momento de decretar estas órdenes de expulsión, debiendo desde luego siempre revisarse la entidad del vínculo familiar y constatar que efectivamente exista una transgresión a este principio si uno de los miembros de la familia es separado del núcleo familiar, pues de lo contrario la sanción de expulsión será desproporcionada.

Por otro lado, el Estado – sea a través de los órganos jurisdiccionales, sea a través de la Administración – debe velar por el respeto del derecho a la identidad personal y familiar de los menores de edad, pues se trata de un atributo que es necesario para que un individuo logre desarrollar íntegra y cabalmente su personalidad.

43. Corte de Apelaciones de Valdivia (8 de junio de 2010), VELOSO (2011) p. 367.

44. GÓMEZ DE LA TORRE (2012) p. 46.

Finalmente y en lo que respecta al voto disidente, estimamos que el interés superior del niño es un principio rector de amplia relevancia en nuestro ordenamiento jurídico nacional, lo que supone precisamente que los intereses de la comunidad deberán, en algún punto, ceder a este principio, sobre todo si el menor de edad afectado no sólo se encuentra en una posición de vulnerabilidad en razón de su edad, sino también de un diagnóstico que requiere de la constante presencia y apoyo de sus referentes protectores.

### **Sobre las autoras**

Constanza Astudillo Meza es Abogada, Magíster en Derecho por la Universidad Católica del Norte Chile y diplomada en Derecho de la Infancia y Adolescencia por la Universidad de Los Andes, Chile. Profesora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho en la Universidad Santo Tomás, sede Antofagasta.

Camila Astudillo González es Abogada, Magíster en Derecho, Universidad Católica del Norte. Máster en Derecho de Familia e Infancia, Universitat de Barcelona. Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, sede Antofagasta, Chile.

### **Referencias bibliográficas**

BARRIENTOS, Javier (2011): *Derecho de las personas. El Derecho Matrimonial* (Santiago: Editorial Legal Publishing).

BAVESTRELLO, Irma (2003): *Derecho de menores* (Santiago: Editorial Lexis Nexis).

CAMPILLAY, Jordan (2005): *La adopción y los nuevos Tribunales de Familia* (Santiago: Editorial Librotecnia).

CILLERO, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño”. En BELOFF, Mary; CILLERO, Miguel, CORTÉS, Julio; COUSO, Jaime (comité editorial): *Justicia y Derechos del Niño* (Santiago: Nuevamérica Impresores).

CORRAL, Hernán (2009): “*Acciones de filiación: legitimación y conflictos de intereses*”. En: *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, LXXVII, pp. 225-226. Disponible en: <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-filiacionconcepcion.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

CORRAL, Hernán (2010): “*Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos*”, Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122010000200003](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200003) [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

- DEL PICO, Jorge (2016): *Derecho de Familia* (Santiago: Editorial Jurídica).
- GOMEZ-BENGOECHEA, Blanca y BERÁSTEGUI, Ana (2008): “Retos de la Postadopción: Balance y perspectivas”, Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/jspui/retrieve/181664/Los%20retos%20de%20la%20postadopción%20balance%20y%20perspectivas.pdf> [Fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2012): *Congreso Internacional de Derecho Familiar, Disertaciones y Ponencias* (Buenos Aires: Editorial La Ley).
- LEPIN, Cristián (2014): “Los nuevos Principios del Derecho de Familia”. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp-9-55.
- LEPIN, Cristián (2017): *Derecho Familiar Chileno, Colección de Tratados y Manuales* (Santiago: Thomson Reuters).
- LÓPEZ, Gissella (2001): *Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur Ltda).
- MONDACA, Alexis (2016): *Los nexos de familia y la revocación de las resoluciones de expulsiones de extranjeros*, en LEPÍN, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (coords.), *Estudios de Derecho Familiar I. Actas Primeras Jornadas Nacionales*, (Santiago: Thomson Reuters).
- MONDACA, Alexis (2017): “La entidad de los vínculos de familia según la Corte Suprema de Chile, para efectos de revocar las resoluciones de expulsión de inmigrantes”. En *Revista de Derecho Privado*, N°33, pp. 237-250.
- MONDACA, Alexis (2018): “Comentario de Sentencia: Expulsión de extranjeros. Recurso de reclamación. Interés superior del niño. Principio del libre desarrollo de la personalidad. Principio de proporcionalidad de las sanciones”. En *Revista de Derecho* N° 244, pp. 261-271.
- RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, 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.
- RODRÍGUEZ, María Sara (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36 N°3, pp.545-586.
- VELOSO, Paulina y SCHMIDT, Claudia (2001): *La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia* (Santiago: Editorial ConoSur Ltda).
- VELOSO, Paulina (2011): *Tratado de Jurisprudencia y Doctrina: Derecho de Familia*. Tomo II (Santiago: Editorial Thomson y Reuters).