

**La Unidad Familiar a la luz de la Jurisprudencia Nacional: ¿Principio o Derecho?**

**The Family Unity in light of National Jurisprudence: ¿Principle or Right?**

Helen Rodríguez Irrazábal

Resumen: La Unidad Familiar se ha logrado posicionar como una entidad de trascendencia para la consagración y protección de ciertos derechos fundamentales, como también para la aplicación de ciertos principios. Sin embargo, es necesario definir si la Unidad Familiar se debe aplicar solo como un principio o como un derecho propiamente tal. El presente trabajo tiene por objeto dilucidar lo anterior a través de un análisis de los criterios de la Corte Suprema en relación a la situación en que se encuentran algunos migrantes irregulares en los últimos tres años que presentan una orden de expulsión vigente, y que a su vez tienen hijos chilenos. Lo anterior permitirá determinar si es que la Unidad Familiar se aplica en la jurisprudencia chilena, y en el caso afirmativo, si se debe aplicar como principio o como derecho propiamente tal.

---

Palabras Clave: Unidad Familiar, Principios, Derechos Fundamentales, Derechos Implícitos.

---

Abstract: The Family Unit has been able to position itself as a transcendent entity for the consecration and protection of certain fundamental rights, as well as for the application of certain principles. However, it is necessary to define if the Family Unit should be applied only as a principle or as a right as such. The purpose of this paper is to elucidate the above through an analysis of the criteria of the Supreme Court in relation to the situation in which some irregular migrants find themselves in the last three years that present a current expulsion order, and that their they have Chilean children The above will allow to determine if the Family Unit is applied in Chilean jurisprudence, and in the affirmative case, if it should be applied as a principle or as a right as such.

---

Keywords: Family Unit, principles, implicit rights, fundamental rights

### Aspectos Generales

En los últimos años, se ha podido apreciar de un aumento exponencial en el número de personas extranjeras residentes en nuestro país. Así lo demuestra el último censo realizado el año 2017, el cual arrojó que hay 746.465<sup>1</sup> personas extranjeras que se encuentran en situación de regular, y que otras 300.000 aproximadamente se encontrarían en una situación irregular.

Del censo realizado y otros estudios<sup>2</sup> que se han encargado de conocer la realidad de los extranjeros en nuestro país, se desprende que existen bajos estándares de protección de los derechos de las personas migrantes en Chile<sup>3</sup>, por lo que ha sido necesario implementar e interpretar las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para poder tomar medidas que amplíen la protección de sus derechos fundamentales.

El análisis tiene por objeto establecer cuál ha sido el criterio del máximo tribunal del país, respecto de la situación de migrantes irregulares, que presentan una orden de expulsión vigente y que sin embargo tienen hijos chilenos.

### Marco Conceptual

Antes de comenzar con el estudio es necesario tener presente algunos conceptos.

La migración irregular se da cuando una persona ingresa a, vive en, un país del cual no es ciudadano o ciudadana violando sus leyes y regulaciones de inmigración.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup>[http://www.censo2017.cl/wpcontent/uploads/2018/05/presentacion\\_de\\_la\\_segunda\\_entrega\\_de\\_resultados\\_censo2017](http://www.censo2017.cl/wpcontent/uploads/2018/05/presentacion_de_la_segunda_entrega_de_resultados_censo2017).

<sup>2</sup> Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, "Informe temático", año 2016, Migración y Derechos Humanos.

<sup>3</sup> Bassa Mercado, Jaime, Torres Villarrubia, Fernanda, "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", *Estudios Constitucionales*, (Año 13, No°2, año 2015, pp. 103).

<sup>4</sup> Castles Stephen, "Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales". Departamento de Sociología y Política Pública, Universidad de Sydney, Australia., vol. 8 n°15 Zacatecas, ene, 2010.

En tanto la Reunificación Familiar se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en su artículo 9<sup>o</sup>. A partir de la norma ya enunciada se podría definir la Reunificación Familiar como aquel proceso legal y social al que se somete una persona que se encuentra en un país del cual no es nacional, para poder reunirse con miembros de su familia, que se encuentren en su país de origen cuando por motivos de persecución política, un conflicto bélico u otra situación, cuando estos se ven forzados a salir del mismo.

Por su parte Unidad Familiar, ha sido definida como *aquella que es inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia*<sup>6</sup>.

Existen diferencias respecto de estos conceptos, ya que la Reunificación Familiar es aplicable en el contexto de refugiados a nivel internacional, aplicándose especialmente el Derecho Internacional Humanitario, mientras que la Unificación Familiar se aplica a la familia en términos generales, independiente de la situación migratoria de las personas.

#### Unidad Familiar en la Jurisprudencia chilena

Este estudio toma como base el análisis de fallos de nuestra Corte Suprema<sup>7</sup> de los últimos tres años, con motivo de Acciones de Amparo interpuestas originalmente ante distintas Cortes de Apelaciones del País por diversas instituciones en representación de personas migrantes irregulares, en contra de Intendencias Regionales y del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en las cuales se solicitaba revocar las órdenes de expulsiones vigentes según la

---

<sup>5</sup> Ley 20.430 establece disposiciones sobre refugiados: *Reunificación Familiar: Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halle ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela.*

*El Subsecretario del Interior resolverá, en cada caso, las solicitudes de reunificación familiar, teniendo en cuenta la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales, culturales de sus países de origen.*

*La reunificación familiar solo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado y en ningún caso por el reunificado.*

*No se concederá por extensión protección como refugiado a una persona que resulte excluyente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley.*

<sup>6</sup> Unidad de la familia”, Consultas Globales sobre la protección internacional, Mesa Redonda de expertos en Ginebra, 08 y 09 de noviembre año 2001. Organizada por el alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Postgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. Anexo VIII

<sup>7</sup> Rol 2268-2018; Rol 2540-2018; Rol 2888-2017; Rol 7532-2018; Rol 1372-2018; Rol 9317-2017; Rol 9386-2017; Rol 4964-2017; Rol 8397-2017; Rol 12356-2015.

normativa del Decreto Ley 1.094<sup>8</sup> y del Decreto Supremo 597<sup>9</sup>; y al mismo denunciar el empleo indiscriminado de sus facultades discrecionales de las autoridades ya mencionadas, que no siempre se ajustan al principio de proporcionalidad<sup>10</sup>, lo cual supone a su vez una restricción ilegítima a la dignidad humana.<sup>11</sup>

Todos los casos que se analizan comparten una particularidad común, a saber: Que los recurrentes, es decir, los migrantes irregulares tienen hijos nacidos en Chile, y en su mayoría son menores de edad y que por lo general, la mayoría de los migrantes irregulares, se encontraban con órdenes de expulsión vigentes en su contra por distintos motivos, ya sea por haber ingresado al país por las vías no autorizadas, por haber expirado su visa de turista, o bien por haber cometido algún delito dentro de Chile, en gran parte por infracción de la ley

---

<sup>8</sup> Decreto Ley 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, Párrafo 3.- Impedimentos de Ingreso. Artículo 15.- Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado; 2.- 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; 3.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos; 4.- 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; 5.- Los que sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional; 6.- Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto; 7.- Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este decreto ley y su reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 4 del artículo siguiente y en los artículos 35 y 83, y 8.- Los que habiendo incurrido en la comisión de LEY 18252 los delitos tipificados en el inciso primero del N° 2 artículo 68 y en el artículo 69, y a su respecto D.O. 26.10.1983 hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional. Artículo 16.- Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros: 1.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos; 2.- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior; 3.- Los expulsados de otro país por autoridad competente, y 4.- Los menores de 18 años que viajen a Chile sin ser acompañados de su padre, madre o guardador y carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del Tribunal competente, debidamente refrendada por autoridad chilena. Las prohibiciones de este artículo y del anterior, serán aplicadas por las autoridades señaladas en el artículo 10 de este decreto ley. Artículo 17.- Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional.

<sup>9</sup> Decreto Supremo de Extranjería N° 597

<sup>10</sup> Díaz Tolosa, Regina Ingrid, "Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales", *Estudios constitucionales*, Año 14, N° 1, 2016, pp 179-220.

<sup>11</sup> Sánchez Morales, Julieta, "Derechos Humanos y Migraciones: Paradojas y Reformulaciones en el 2017". *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho (Año N°6, num. 11 p91.)*

20.000<sup>12</sup>. Cabe mencionar, que los recurrentes cumplieron con sus respectivas condenas, mayormente hace más de 5 años.

Lo interesante es que todas las sentencias pronunciadas por las Cortes de Apelaciones del país inicialmente desfavorables para los recurrentes, fueron revocadas por la Corte Suprema, fallos en los cuales la Unidad Familiar fue un criterio decisivo.

Por su parte nuestra carta fundamental no define “familia”<sup>13</sup>, esta le otorga una vital importancia, al señalar en su artículo 1º inciso 2º que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, norma que además impone como deber del Estado de debe proteger y propender al fortalecimiento de la misma<sup>14</sup>.

Que siendo una tradición de Chile, el respeto por las normas del Derecho Internacional, además de formar parte de los sistemas universales y regional de protección de los derechos humanos y uno de los pilares fundamentales de su sistema político y democrático, es la protección a la dignidad humana.<sup>15</sup> Por tanto, es que nuestro máximo tribunal del país ha tomado una postura, en cuanto a la aplicación de la Unidad Familiar como fundamento de la protección de la dignidad humana.

#### Reconocimiento de Unidad Familiar como Derecho Implícito

Es necesario tener presente que la Unidad Familiar no se consagra expresamente como parámetro de constitucionalidad, y que la Corte Suprema no se hace cargo en ningún momento de definir la Unidad Familiar, ni tampoco señala si acude a ella como principio o derecho<sup>16</sup>, cuestión que es de suma importancia puesto que al ser un derecho se encuentra en conformidad a la conducta humana en la sociedad y por tanto tiene un carácter coercitivo, y en

<sup>12</sup> Ley 20.000, que sanciona el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas

<sup>13</sup> La familia, concepto, tipos y evolución, Enciclopedia británica en español, año 2009.

<sup>14</sup> Constitución Política de la República de Chile

<sup>15</sup> Díaz Tolosa, Regina Ingrid, “Aplicación Judicial en Chile del IUS COGENS como manifestación de la internacionalización del Derecho Interno en materia de protección de la dignidad humana”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) pp. 393-417.

<sup>16</sup> Observación General conjunta N° 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

cambio el principio se sustenta respecto de la argumentación jurídica para la aplicación del derecho. A primera vista, la Corte los consideraría derechos implícitos<sup>17</sup>.

Sin embargo, estas sentencias demuestran la amplia gama de mecanismos normativos que ofrece el sistema jurídico chileno para incorporar el derecho internacional de los derechos humanos.

Desde luego, la Corte Suprema ha debido recurrir a la normativa internacional para incorporar y aplicar la Unidad Familiar, lo cual ha logrado a través del bloque constitucional de derechos<sup>18</sup>, y otras normas de interpretación constitucional, en concordancia con la norma de reenvío artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política, 1º, 6º y 7º de la carta fundamental, y en especial a través del Elemento hermenéutico en una legislación incompleta como la nuestra.

En efecto, para algunos jueces es evidente que el derecho internacional consuetudinario tiene una incorporación inmediata en el ordenamiento interno, entendiendo que hay ciertas normas, principios y derechos implícitos que deben aplicarse por el solo hecho de formar parte del derecho internacional de los Derechos Humanos, aun cuando no se consagren en tratados ratificados por Chile<sup>19</sup>. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto del artículo 29 letra c de la Convención Americana de derechos Humanos,<sup>20</sup> así como el artículo 62 N°3 de la misma Convención<sup>21</sup>.

No se debe perder de vista que los derechos implícitos, forman parte del denominado Bloque Constitucional y que estos han sido definidos como aquellos derechos que son utilizados jurídicamente para referirse a normas

---

<sup>17</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 834, considerando 22 y rol 1340-09 del año 2009 considerando 9º.

<sup>18</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia". Centro de Estudios Constitucionales, (Año 13), N°2, 2015, pp.301-350.

<sup>19</sup> Véase, CS, 2009, rol N° 4691-2007, considerando 21º de la sentencia de casación.

<sup>20</sup> Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno,

<sup>21</sup> Artículo 62. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

carentes de formulación en los textos normativos.<sup>22</sup> En la misma línea se ha señalado que si bien los derechos implícitos son normas no dictadas, ello no significa que sean normas no formuladas, toda vez que una norma implícita adquiere existencia cuando es formulada-no por las autoridades del ordenamiento-sino por los intérpretes<sup>23</sup>. Sin embargo, la construcción jurisprudencial de derechos implícitos no ha sido un tema pacífico:

Por una parte nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado este concepto para automáticamente derivar ciertas garantías no cubiertas por el catálogo de derechos contenido por el Capítulo Tercero de la Carta Fundamental<sup>24</sup>, por ejemplo al reconocer el derecho a la propia imagen<sup>25</sup> como derecho fundamental implícito. Pero por otro lado, existen algunos autores que han señalado que la formulación de los derechos implícitos en nuestro ordenamiento jurídico no es un ejercicio hermenéutico de la Convención, sino que derechamente es una creación normativa.<sup>26</sup>

En principio, el reconocimiento jurisprudencial de derechos implícitos podría, potencialmente, entrar en conflicto con los derechos expresamente adscritos, por ejemplo, en la relación de la incompatibilidad entre una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado y la normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>27</sup>

Cabe mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico existe un vacío legal respecto del reconocimiento de la Unidad Familiar, y la Corte Suprema ha debido dictar sus sentencias en virtud del principio de inexcusabilidad, sin

---

<sup>22</sup> Guastini, Riccardo, *Derechos Implícitos, Observatorio, Doxa, Universidad de Génova- Italia. Traducción de Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante).*

<sup>23</sup> Guastini (R) (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, p.357

<sup>24</sup> Candía Falcón, Gonzalo, "Analizando la tesis de los Derechos Implícitos: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Requerimiento de Inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección Comentarios de Jurisprudencia, (año 21-N°1, 2014) (pp 497-521)*

<sup>25</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "El Derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización"; *Revista Iut Et Paxi*, N° 13-2, junio 2007.

<sup>26</sup> Candía Falcón, Gonzalo, "Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho *Revista Chilena de Derecho, Vol 42 N°3, 2015) (pp 873-902).*

<sup>27</sup> Contreras Vásquez, Pablo, "Análisis Crítico del Control de Convencionalidad", año 2015, en Núñez Poblete, Manuel Antonio (ed), *La Internacionalización del Derecho público* (Santiago, Thomson Reuters).

hacerse cargo a mi juicio de la Unidad Familiar en que se podría utilizar en virtud de los artículos 29 y 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal como ocurrió en el caso *Atala vs Estado de Chile*<sup>28</sup>, respecto del derecho a la no discriminación por orientación sexual.

Asimismo, la Corte Suprema se ha encargado de utilizar el Principio Interés Superior del Niño, principio que goza de reconocimiento internacional universal.<sup>29</sup>, y para fundamentar su decisión, la Corte Suprema ha utilizado en sus fallos expresamente la Convención de los derechos del niño, en sus artículos 3.1<sup>30</sup>, 7.1<sup>31</sup>, 8.1<sup>32</sup> y 9.1<sup>33</sup>.

Pero también, a mi juicio existen otros instrumentos internacionales, a nivel latinoamericano que protegen a la familia a través de la Unidad Familiar de manera implícita, y que no fueron consideradas en ninguno de los fallos de la Corte Suprema, entre ellos podemos destacar los siguientes: Artículo 17 de la

---

<sup>28</sup> Considerando 281. De otra parte, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

<sup>29</sup> Aguilar Cavallo, Gonzalo, "El principio del interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, (Año 6, N°1, 2008, PP 223ñonez T-247)

<sup>30</sup> Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>31</sup> Artículo 7.1, El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

<sup>32</sup> Artículo 8.1 Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

<sup>33</sup> Artículo 9.1 Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Convención Americana de Derechos Humanos<sup>34</sup>; artículo 16<sup>35</sup> de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 23<sup>36</sup> del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 4 y siguientes<sup>37</sup> de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares; Artículo 15<sup>38</sup>. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador”, este último a pesar de no encontrarse ratificado por Chile, podría ser aplicado en virtud de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>34</sup> Artículo 17. Protección a la familia 1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.* 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

<sup>35</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos Artículo 16. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

<sup>36</sup> Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 23: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

<sup>37</sup> Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares Artículo 4 y siguientes: A los efectos de la presente Convención, el término "familiares" se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

<sup>38</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador” en su Artículo 15. Derecho a la Constitución y Protección de la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

## Unidad Familiar en la ley de Migraciones y Extranjería

La regulación nacional de extranjería no parece cumplir con las exigencias mínimas de protección del debido proceso<sup>39</sup> porque no se ajusta a la Constitución Política de la Republica, en cuanto a su catálogo de derechos, especialmente respecto del artículo 19 N°3 ni menos aún con los estándares ideales de derecho Internacional toda vez que no reconoce expresamente la Unidad Familiar, lo cual no solo atenta contra la protección de los derechos humanos de los migrantes, sino que también implica una sobre carga al aparato jurisdiccional, que bien podría evitarse con una reforma sustantiva a la normativa actual.

En efecto, actualmente existe en tramitación un proyecto de reforma a ley de Migraciones y Extranjería<sup>40</sup>, que presenta como elementos centrales la dependencia institucional migratoria en el Ministerio del Interior y Seguridad Publica. Sin embargo, una reflexión más profunda respecto del fenómeno migratorio y sus implicancias, hacen conveniente considerar la posibilidad de trasladar la institucionalidad migratoria a ministerios, tales como: Relaciones Exteriores, Desarrollo Social o del Trabajo.<sup>41</sup>

Por su parte, el proyecto establece un catálogo de derechos en materia de salud, educación primaria, laboral, y entre los cuales figura además el derecho de Reunificación Familiar, lo cual, si bien parece una medida positiva aún es posible advertir que no existe mención alguna y menos una consagración al derecho de Unidad Familiar, toda vez que ello facilitaría la interpretación y aplicación no solo en sede jurisdiccional sino que también ante los distintos órganos del Estado, especialmente los organismos administrativos lo cual facilitaría a la justicia preventiva. Todo lo cual redundaría en un beneficio directo para las personas migrantes de nuestro país.

---

<sup>39</sup> Domínguez Valverde, Cecilia Andrea, "Derecho Chileno Migratorio a la luz del Derecho Migratorio Internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos Mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas Soberanas de control Migratorio?", *Revista Chilena de Derecho*, (vol. 43 N° 1, pp 189-217, Año 2016).

<sup>40</sup> Boletín N° 8970-06, con indicaciones el 10 de abril de 2018 presentadas por el Presidente de la República, y que busca una modificación del decreto ley N° 1.094.

<sup>41</sup> Bassa Mercado, Jaime, Torres Villarrubia, Fernanda, "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", *Estudios Constitucionales*, (Año 13, No°2, año 2015, pp. 103)

## Conclusión

A pesar de la existencia del proyecto de ley ya mencionado, se ha perdido la oportunidad para una propuesta y para el reconocimiento de la Unidad Familiar como Derecho por parte del Estado de Chile, puesto que al parecer no ha sido suficiente con el criterio establecido por la Corte Suprema en la dictación de las sentencias ya mencionadas para la debida protección de la familia que integran los migrantes en nuestro país.

Para esta parte la Unidad Familiar si ha sido aplicada en la jurisprudencia chilena y es un derecho, pero ha debido aplicarse como derecho implícito, toda vez que los organismos administrativos y es más, Cortes de Apelaciones del país no han interiorizado el concepto de Unidad Familiar, como un Derecho Humano.

## **BIBLIOGRAFIA**

Aguilar Cavallo, Gonzalo, "El principio del interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, (Año 6, N°1, 2008, PP 223ñonez T-247)

Bassa Mercado, Jaime, Torres Villarrubia, Fernanda, "Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios", *Estudios Constitucionales*, (Año 13, No°2, año 2015, pp. 103).

Candía Falcón, Gonzalo, "Analizando la tesis de los Derechos Implícitos: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Requerimiento de Inaplicabilidad Rol N° 2.408-2013", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección Comentarios de Jurisprudencia*, (año 21-N°1, 2014) (pp 497-521).

Candía Falcón, Gonzalo, "Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho *Revista Chilena de Derecho*, Vol 42 N°3, 2015) (pp 873-902).

Castles Stephen, "Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales". Departamento de Sociología y Política Pública, Universidad de Sídney, Australia., vol. 8 n°15 Zacatecas, ene, 2010

Contreras Vásquez, Pablo, "Análisis Crítico del Control de Convencionalidad", año 2015, en Núñez Poblete, Manuel Antonio (ed), La Internacionalización del Derecho público (Santiago, Thomson Reuters).

Díaz Tolosa, Regina Ingrid, "*Aplicación Judicial en Chile del IUS COGENS como manifestación de la internacionalización del Derecho Interno en materia de protección de la dignidad humana*", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) pp. 393-417.

Díaz Tolosa, Regina Ingrid, "*Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales*", *Estudios constitucionales*, Año 14, N° 1, 2016, pp 179-220.

Domínguez Valverde, Cecilia Andrea, "Derecho Chileno Migratorio a la luz del Derecho Migratorio Internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos Mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas Soberanas de control Migratorio?", *Revista Chilena de Derecho*, (vol. 43 N° 1, pp 189-217, Año 2016).

Guastini, Riccardo, *Derechos Implícitos, Observatorio, Doxa, Universidad de Génova- Italia. Traducción de Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante)*

Guastini (R) (1999). Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho, Gedisa, Barcelona, p.357

La familia, concepto, tipos y evolución, Enciclopedia británica en español, año 2009.

Nogueira Alcalá, Humberto, "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y Mexico: Doctrina y Jurisprudencia". Centro de *Estudios Constitucionales*, (Año 13), N°2, 2015, pp.301-350.

Nogueira Alcalá, Humberto, "El Derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización"; *Revista Iut Et Paxi*, N° 13-2, junio 2007.

Sánchez Morales, Julieta, "Derechos Humanos y Migraciones: Paradojas y Reformulaciones en el 2017". *Ciencia Jurídica, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho (Año N°6, num. 11 p91.)*

Solá, Victorino, "Estándares interpretativos e imprevisión convencional. Una lectura de los Derechos Implícitos con sede en el modelo de adjudicación del *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*", *Revista de la Facultad, Vol. VIII N°2, Nueva Serie (2017), pp. 169-229.*

"Unidad de la familia", Consultas Globales sobre la protección internacional, Mesa Redonda de expertos en Ginebra, 08 y 09 de noviembre año 2001. Organizada por el alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Postgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. Anexo VIII.

Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, "Informe temático", año 2016, Migración y Derechos Humanos.

#### Normas Jurídicas Citadas

Convención Americana de Derechos Humanos, Decreto 873, Diario Oficial, 05 de enero de 1991.

Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto 778, Diario Oficial, 29 de abril de 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Convención sobre los derechos del niño, Decreto 830, Diario Oficial 27 de Septiembre de 1990.

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares, Decreto 84, Diario Oficial 08 de junio de 2005.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo San Salvador

Constitución Política de la República de Chile

Ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.

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

Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados, Diario Oficial 15 de abril de 2010.

Decreto Ley 1.094, establece normas sobre extranjeros en Chile, Diario Oficial, 19 de julio de 1975.

#### Jurisprudencia Citada

*Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 834, considerando 22 y rol 1340-09 del año 2009 considerando 9°*

*Ayovi Cuero Alex Adalberto contra Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Sentencia Rol 2268-2018*

*Hernández Hernández Edwin Félix contra Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública Rol 2540-2018*

*Sihuas Sosa Juan Augusto contra Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Rol 7532-2018*

*Rentería Valverde David contra Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Rol 1372-2018*

*Monedero Gómez Carmen contra Policía de Investigaciones de Chile, Rol 9317-2017;*

*Coa Tito Christian contra Departamento de Extranjería y Policía Internacional PDI Arica, Rol 9386-2017*

*Sandra Quiñonez Torres contra Gob. Prov. Antofagasta y Depto. Extranjería y Migración, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Rol 4964-2017*

*Soranny Gonzalez Boitel contra Intendencia Regional del Maule, Rol 8397-2017*

*Gilberto Torres Klinger contra Intendencia Regional de Antofagasta, Rol 12356-2015.*