

APLICACIÓN EN CHILE DE LOS ESTÁNDARES DE LA OC N° 21, DEL AÑO 2014 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL" EN RELACIÓN A LA EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS QUE TIENEN HIJOS E HIJAS

A. INTRODUCCIÓN

En Chile, la situación migratoria de los padres, en ocasiones, afecta directamente a sus hijos y/o hijas. Así, se ve en contraposición el interés superior del niño o niña, además de la concepción de la protección a la familia y la importancia que ésta tiene para el desarrollo de cada persona, con la situación migratoria de sus padres, ya sea que se trate de temas de visación, o temas relacionados a una situación migratoria irregular, o con una orden de expulsión.

Desarrollando la idea anterior, el Artículo 84 del D.L N° 1.094, ley de extranjería, señala que: "La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes".

En Chile, las expulsiones son dictadas sin atender a las circunstancias personales de la persona y sin un procedimiento previo donde la persona pueda defenderse, sino solo atendiendo a que la persona está dentro de una de las causales de expulsión; por lo que es en sede recursiva que la persona puede presentar sus argumentos y alegaciones.

Teniendo lo anterior en consideración, quisiéramos revisar ciertos casos en Chile de expulsiones de personas migrantes que ha llevado la Clínica o que han sido llevados por otras instituciones, en los que se han presentado recursos administrativos y/o judiciales, según ha correspondido y se ha estimado pertinente sobre la base de la estrategia del caso concreto, argumentar, entre otras cosas, sobre la base de la OC N° 21/2014 de la Corte IDH, particularmente en lo relacionado a la expulsión de personas extranjeras.

La idea es mostrar, basándonos en algunos casos, si la Autoridad o la Corte se han referido a los estándares planteados por la OC N° 21/2014 al revocar una orden de expulsión en caso de que la persona expulsada sea padre o madre de un niño, niña o adolescente (NNA), directa o indirectamente, o sí al menos ha tenido en consideración los derechos de estos. Así, en primer lugar, se analizarán algunos casos en materia judicial para luego pasar a revisar una selección breve de casos en sede administrativa desarrollados en la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.

B. CASOS DESARROLLADOS EN SEDE JUDICIAL

A continuación, expondremos brevemente algunos casos que, como Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, hemos presentado en sede judicial:

1. Corte Suprema. (7 de Enero de 2016)

Don David A. es un ciudadano colombiano que tiene una situación migratoria irregular, al encontrarse en el país con visado de residencia temporal vencido. Además fue condenado como autor del delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito falsificada y se le dictó una orden de expulsión. La corte señala que *"no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, persona que tiene una pareja estable y un hijo menor de edad de nacionalidad chilena. De manera que de ejecutarse la medida ciertamente se lesionaría el interés superior del menor, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño."* Además, sostiene la afectación irremediable que produciría en su medio familiar la materialización de la medida de expulsión, por lo que se decide dejar sin efecto la medida que expulsión.

2. Corte de Apelaciones de Arica (9 de Abril de 2016)

Jossy P. viene de República Dominicana, país que deja con la intención de buscar un mejor futuro y condición económica. Llega a Chile a través de un contacto de un ciudadano peruano, que resultó ser traficante de migrantes, por lo que cuenta con un ingreso irregular a Chile. Posteriormente, producto de la relación de pareja con don Félix O., nace su hijo Gabriel, de nacionalidad chilena. La Corte señaló en este caso que *"la situación familiar invocada, no es un elemento que pueda importar una entidad tal, que sea capaz de tornar en ilegal la decisión adoptada, particularmente cuando la sola circunstancia de ser madre de un hijo recién nacido en chile no acredita la real y efectiva existencia de vínculos parentales, no determina que por el decreto de expulsión se vulnere el deber de protección del Estado respecto de la familia"*. Por lo que se rechaza el recurso de amparo, manteniendo la Resolución Exenta que dispuso su expulsión.

3. Corte Suprema (19 de Abril de 2016)

Siguiendo el caso anterior, la Corte Suprema señala, que al ser madre de un menor nacido en territorio chileno, producto de una relación con un extranjero, que cuenta con fuente de trabajo en el país, las circunstancias actuales en las que se encuentra Jossy P., han variado respecto de las que tenía al momento de decretar la medida de expulsión. Por lo que, *"Se revoca la resolución apelada de nueve de abril de año en curso, dictada por la Corte de*

Apelaciones de Arica en el Ingreso de Corte N°52-2016, y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de la ciudadana dominicana Jossy P., dejándose sin efecto la Resolución N° 141 de 30 de abril de 2015, dictada por el Intendente de la Región de Arica y Parinacota."

4. Corte de Apelaciones de Copiapó (25 de Octubre de 2016)

La Expulsión, como pena sustitutiva por la comisión de un delito, causaría agravio a Alberto R y José R., al contar con arraigo social y familiar dentro del territorio nacional, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de esta. El tribunal ha señalado que *"No es posible desatender las circunstancias personales y familiares de los condenados, quienes cuentan con residencia en Chile, uno con hijo de nacionalidad chilena y el otro de nacionalidad colombiana, de manera que de ejecutarse la pena sustitutiva de expulsión se trasgreda el interés superior del niño, pues implicaría la separación de su padre y perturbará su identidad familiar y nacional infringiendo los deberes que se imponen para los estados en los artículos 3.1 , 7.1 , 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño."*

5. Corte Suprema (29 de Marzo de 2016)

La Corte acoge el recurso de amparo deducido a favor de José C., señalando que sus antecedentes familiares, laborales y de arraigo en el país desvirtúan la presunción de peligro para la seguridad interna. Sostiene que: *"la decisión confirmatoria teniendo además en consideración que las circunstancias personales y familiares bajo las cuales se dictó el acto que se impugna han variado ostensiblemente, pues en la actualidad permanece en el país junto a una pareja estable y un hijo menor de edad que han obtenido permiso de permanencia definitiva en el país, situación que no es posible desatender, de manera que de ejecutarse la expulsión ciertamente transgrede el interés superior del menor, pues implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1 , 7.1 , 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la Republica que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad."*

En conclusión, sobre este punto, se podría decir que los tribunales chilenos, particularmente la Corte Suprema, al tratar la expulsión de los padres de los NNA, muchas veces toman en cuenta la situación en la que podrían quedar estos al materializarse la medida de expulsión de alguno de sus padres, pero igualmente, aunque pocos, hay casos en los que no se considera un argumento suficiente el tener un hijo chileno o extranjero. Estos casos se dan, creemos, en Cortes de Apelaciones.

Los tribunales que sí se pronuncian, en su mayoría de alzada, sobre la posible afectación de una medida de expulsión de un parentesco sobre sus hijos o hijas, lo hacen basándose en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en la protección a la familia, aunque citando directamente la Opinión Consultiva Nº 21, que trata de los derechos de los niños y niñas en el contexto de la migración.

C. CASOS DESARROLLADOS EN SEDE ADMINISTRATIVA

A continuación, expondremos brevemente algunos casos que, como Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, hemos presentado en sede administrativa:

1. Solicitud de suspensión orden de expulsión

Otro de los casos que hemos tramitado, se trata de Romina G., de nacionalidad argentina y que vive en Chile desde el año 2012. Ella tiene una pareja chilena y dos hijos de la misma nacionalidad. En un primer momento obtuvo visa por vínculo por chileno. Tiempo después, por razones económicas, no pudo renovarla. Frente a esto, la autoridad administrativa dictó una orden de expulsión en su contra por permanecer en el país con su visa vencida.

Frente a dicha resolución, se solicitó la suspensión de la orden de expulsión dictada, argumentando que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad según se consagra en la Constitución Política de Chile. Lo anterior para señalar que con la ejecución de la orden de expulsión se afectan los derechos de los hijos de la recurrente, los que no se tuvieron en consideración al momento de dictar la expulsión, sino que solo se realizó un análisis meramente formal.

A continuación, daremos ejemplos de las respuestas otorgadas por la autoridad administrativa frente a situaciones como la planteada, mostrando cómo se resuelve en contra y a favor de los derechos del niño, sin mayor uniformidad.

Uno de los casos en donde la autoridad administrativa se hace cargo y además hace mención de forma breve a los *derechos del niño*, lo podemos apreciar en la respuesta a un recurso de invalidación que interpuso el recurrente Miguel M., de nacionalidad dominicana. En el año 2016, se presentó ante la Intendencia de la Región Metropolitana de Santiago un recurso de invalidación respecto de la resolución que dictaba orden de expulsión en contra del recurrente por haber ingresado de forma clandestina al territorio nacional. En este recurso se hace mención a la Convención de los Derechos del Niño, en específico a su artículo Nº3, respecto del *interés superior del niño* como en la mayoría de los casos ya expuestos. Este argumento se funda en el caso concreto de Miguel en que tiene una hija de pocos meses de vida, por lo que si se ejecuta la orden de expulsión, no solo se vería afectado

el recurrente sino que su pequeña hija, a quien tiene el deber de cuidar, proteger y velar por su bienestar.

En resolución exenta de fecha 07 de abril de 2017, emanada por la Intendencia de la Región Metropolitana se señaló que: *"Asimismo, se acredita que junto a su pareja, quien se encuentra regularizando su situación, han formado un núcleo familiar y son padres de una niña nacida en Chile, antecedentes que han sido analizados desde la perspectiva del principio de Reunificación Familiar y del Interés Superior del Niño por lo que si se materializa una medida de expulsión, se afectaría ese núcleo familiar y los principios ya enunciados".*

Por lo tanto, la autoridad administrativa competente, resuelve revocando la medida de expulsión del territorio nacional dispuesta en contra del extranjero de nacionalidad dominicana, Miguel M., haciéndose cargo de los argumentos relacionados con los derechos del niño expuestos en el recurso de invalidación presentado.

Asimismo, en otro de los casos en que hemos podido participar como Clínica de Migrantes y Refugiados y en donde hemos argumentado ante la autoridad administrativa la protección de la familia y los derechos del niño, se refiere a la solicitud de revocación presentada ante la Intendencia de Tarapacá por el señor Marco R., de nacionalidad peruana, quien ingresó a Chile en forma regular en el año 2013, pero que por vulnerar el Convenio de Tránsito de Personas Arica-Tacna, la autoridad administrativa le dictó una orden de expulsión mediante una resolución exenta ese mismo año. Cabe destacar que don Marco era el único miembro de su familia que estaba en situación irregular en Chile ya que sus dos hijos y su esposa cuentan con visa temporaria.

Dentro de la argumentación ofrecida, se alude a los derechos del niño, a través de la mención a la Convención de los Derechos del Niño, haciendo alusión al interés superior del niño, de la misma forma que el caso anterior. En la misma línea argumental, se mencionó la no separación de sus padres, para fundamentar que, si se materializa la sanción administrativa, se estaría transgrediendo uno de los pilares fundamentales de dicha Convención ratificada por Chile.

La respuesta a la solicitud de revocación presentada ante la Intendencia de Tarapacá fue otorgada en el año 2016, dejando sin efecto la medida de expulsión en contra de nuestro patrocinado, pero sin referirse de ninguna forma a los fundamentos que hemos señalado, o a otros que fueron esgrimidos.

Por otro lado, encontramos el caso de Mauricio G., de nacionalidad colombiana, a quien se le dictó orden de expulsión en su contra por haber ingresado clandestinamente al país. Luego de esto, el señor permaneció en el país y mantiene una relación con una mujer chilena.

Fruto de dicha relación nace su hija en territorio chileno. Si bien es cierto que al momento de dictar la expulsión no había nacido la hija de Don Mauricio, posteriormente se solicita a la autoridad administrativa la revocación de la orden expulsión utilizando como argumento principal el nacimiento de su hija chilena y los derechos y deberes que ello conlleva, citando variada jurisprudencia de la Corte Suprema, normas constitucionales, Tratados Internacionales (en particular la Convención Americana de Derechos Humanos) y lo señalado por el Comité sobre los derechos del Niño.

En este caso, la respuesta de la autoridad administrativa fue rechazar el recurso de reconsideración de la orden de expulsión vigente a ese momento, señalando, entre otras cosas, que el recurrente no forma parte de su núcleo familiar, pues señaló que actualmente vive con otra persona. Con estas mismas breves palabras expuestas, fue que el Intendente Regional de Atacama, eludió a la diversa normativa nacional e internacional y rechazando la solicitud.

2. Solicitud de Inhibición.

Como señalamos, en Chile las expulsiones son dictadas sin un procedimiento previo donde la persona pueda defenderse, por lo que es en sede recursiva que la persona puede presentar sus argumentos y alegaciones.

En relación con lo anterior, varias instituciones hemos intentado solicitar a la Intendencia respectiva (Intendencia del lugar donde la persona se auto-denuncia), que se pronuncie inhibiéndose o absteniéndose de dictar una medida de expulsión en razón a las circunstancias de la persona.

En uno de los casos, el de Aurea C, de nacionalidad dominicana, se presentó una solicitud de inhibición en el año del 2017 ante la Intendencia de la Región Metropolitana. Se pidió a dicha autoridad que se abstenga de dictar una orden de expulsión en contra de la recurrente, quien se encontraba en situación migratoria irregular, ya que en diciembre del año 2016 dio a luz a su hijo Geremy en territorio chileno.

Uno de los fundamentos utilizados respecto a los derechos de NNA hace mención al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N°21 del año 2014, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, al referirse al derecho a la protección de la familia. Así, tal cual establece la sentencia del Caso Familia Pacheco Tineo versus Estadio Plurinacional de Bolivia en sus párrafos 66 y 72, no solo se requiere la disposición y ejecución de medidas de protección de los NNA, sino también favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute

mutuo de la convivencia entre padres e hijos, es el elemento fundamental de la vida en familia.

En relación a la ponderación entre una eventual ejecución de la orden de expulsión en contra de Áurea C, tenemos, por un lado, la facultad del Estado chileno de implementar su propia política migratoria para alcanzar los fines legítimos que se ha propuesto y por otro lado, el derecho del niño a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida de familia, intentando mantener en la mayor medida posible, la unidad familiar.

En este caso aún no hay respuesta, y esperamos que el Estado considere el interés superior del hijo de nuestra patrocinada, atendiendo a lo señalado en la OC N° 21/2014 de la Corte IDH.

D. CONCLUSIONES

Si bien el presente informe no consiste en un análisis acabado de todos los casos que se tramitan tanto en sede judicial como en sede administrativa, consideramos que sirven de ejemplo y parámetro para apreciar cómo el Estado de Chile está considerando el interés superior del niño y la protección de la familia, parámetros que plantea la OC N° 21/2014 de la Corte IDH, al momento de tomar una decisión respecto a una expulsión de su padre o madre, la cual, no recae directamente sobre él o ella, como persona, pero sí lo y la puede afectar en esferas tan relevantes como son el crecer y desarrollarse dentro de un núcleo familiar.

Al respecto, nos parece que en sede judicial, particularmente en fallos de la Corte Suprema, el tribunal sí toma en cuenta los derechos señalados. En sede Administrativa, las respuestas son diversas, pero habría una tendencia a considerarlos. Con todo, el problema es estructural, pues, como señalamos, la Autoridad no toma en cuenta al momento de dicta la expulsión las circunstancias personales de la persona, y además no hay un procedimiento previo a la dictación de la medida para que la persona exponga sus alegaciones. Por lo anterior, consideramos esencial que la implementación de los derechos de los NNA y protección de la familia, que han sido consagrados como estándares también por la OC N° 21/2014 de la Corte IDH, sea constante, ya que sólo así el Estado de Chile estará dando real importancia y aplicación a la protección que debe brindársele a la niñez y particularmente y en este contexto, a la niñez migrante.

Valentina Barrios, Imahue Muñoz, Santiago Álvarez, Diego Rodríguez y Sofía Andrade, en representación de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales.