



UNIVERSIDAD  
**Finis Terrae**

ESCUELA DE DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO

## El debido proceso en materia migratoria

Lorenza Antonia Almonacid González y Sofía Valentina Morales Morales

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para  
optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Jaime Phillips Letelier

Santiago, Chile  
2021

## **Dedicatoria y agradecimientos**

Dedicada a mis papás, Sergio y Alejandra, a mi familia, a mis amigas de la vida; pero sobre todo a mis abuelas, Eliana e Iris, que me inspiraron a estudiar esta carrera.

Sofía Valentina Morales Morales

Dedicada a mi madre. El motor de mi vida.

Lorenza Antonia Almonacid González

En conjunto queremos agradecer a nuestro profesor guía, Jaime Phillips por su entera disposición y ganas de apoyarnos durante todo este proyecto de memoria.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>Capítulo I. Historia de la regulación migratoria en Chile</b>	2
Antecedentes constitucionales, inmigración selectiva e inmigración libre	2
Inicio de la regulación estatal y su avance	4
Decreto Ley N° 1.094 de 1975	7
Nueva Ley de Migración (Ley N° 21.325)	9
<b>Capítulo II. Debido Proceso y migración</b>	11
El debido proceso como garantía constitucional	11
Debido proceso en la aplicación de la sanción migratoria de expulsión	14
Consideraciones finales	18
<b>Capítulo III. Sanciones e infracciones migratorias</b>	20
Sanciones migratorias	21
La expulsión en el DL N° 1.094 y sus causales	24
Procedimiento	26
Recursos	28
La sanción de expulsión como pena sustitutiva de la Ley N° 18.216	29
Situación de las sanciones migratorias en la nueva Ley de Migración	31
Estadísticas de expulsiones administrativas y penales en Chile	36
<b>Capítulo IV. Análisis de jurisprudencia</b>	38
Jurisprudencia recursos de apelación en contra de resoluciones de Cortes de Apelaciones que rechazan recursos de amparo en contra de órdenes de expulsión por ingreso clandestino. Segunda Sala Penal Corte Suprema:	38
SCS Rol N° 42.770-2021, de 05 de agosto de 2021	39
SCS Rol N° 97.799-2016, de 13 de diciembre de 2016	44
Jurisprudencia recursos de apelación en contra de resoluciones de Cortes de Apelaciones que rechazan recursos de protección en contra de las autoridades administrativas correspondientes por no otorgar soluciones frente a solicitudes de reconocimiento de la calidad de refugiado por existir órdenes de expulsión vigentes en contra de los solicitantes. Tercera Sala Constitucional Corte Suprema:	46
SCS Rol N° 13.1056-2020, de 15 de marzo de 2021	46
Jurisprudencia recursos de apelación y reclamos en contra de resoluciones que ordenan la expulsión de un extranjero del país por tener antecedentes penales. Segunda Sala Corte Suprema:	50
SCS Rol N° 21.291-2020, de 03 de marzo de 2020	50
SCS Rol N° 4.077-2021, de 18 de enero de 2021	53
<b>CONCLUSIONES</b>	55

<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	57
Libros	58
Revistas y artículos de revista y revistas electrónicas	58
Tesis	60
Normas	60

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

**DFL:** Decreto con Fuerza de Ley

**DL:** Decreto Ley

**DS:** Decreto Supremo

**DDHH:** Derechos Humanos

**CIDH:** Convención Interamericana de Derechos Humanos

**NNA:** Niños, niñas y adolescentes

**CDN:** Convención de los Derechos del Niño

**LE:** Ley de Extranjería (DL N° 1.094 de 1975)

**RE:** Reglamento de Extranjería (DS N° 597 de 1984)

**LBPA:** Ley de Bases del Procedimiento Administrativo (Ley N° 18.880)

**CPR:** Constitución Política de la República

**PDI:** Policía de Investigaciones de Chile

**SCS:** Sentencia de la Corte Suprema

## INTRODUCCIÓN

La migración se define como el “desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”<sup>1</sup>. Es un fenómeno que data de muchos años en el mundo, pero que con la tecnología, los avances de las comunicaciones y de los medios de transporte, se ha intensificado considerablemente.

En Chile, desde 2015 hemos visto un aumento importante en el flujo de inmigrantes que vienen a nuestro país en búsqueda de nuevas oportunidades laborales y mejores condiciones de vida, teniendo en consideración la situación de su país de origen en particular. Esto si bien se ha cumplido para una parte de los extranjeros que vienen en búsqueda de nuevos rumbos, muchos han tenido que ver la peor cara de la moneda, durmiendo en las calles, incluso afuera de sus respectivas embajadas. Esto demuestra la incapacidad que tenemos como país para recibir la cantidad de inmigrantes que han llegado en los últimos seis años, y la necesidad de reformas tanto de fondo como de forma de la legislación migratoria desactualizada con la que contamos, haciendo reformas que busquen mejorar las condiciones para las personas que llegan a nuestro país, que se les trate con la dignidad y el respeto que merecen.

En este trabajo, buscamos dar un marco general de la historia de la normativa migratoria en nuestro país, cómo ha evolucionado y cómo es actualmente, pero sobre todo ahondar en la sanción migratoria de expulsión y sus falencias procedimentales, que afectan derechos fundamentales de los extranjeros. Para ello, analizamos distintos fallos del máximo tribunal de nuestro país, que reflexionan sobre la mantención o la revocación de un decreto de expulsión en contra de un inmigrante, evidenciando los criterios que deberíamos tener presentes para determinarla, dejando en claro que la protección de la familia y de la persona son los pilares fundamentales en todas las materias que se someten a su conocimiento.

---

<sup>1</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es/migración>> [27 de diciembre 2021].

# Capítulo I. Historia de la regulación migratoria en Chile

## I. Antecedentes constitucionales, inmigración selectiva e inmigración libre

La regulación migratoria de nuestro país tiene sus primeras apariciones en la época de los inicios de la República. Si bien es cierto que desde un comienzo no se desarrolló de forma sistemática, se fueron esbozando algunas ideas en torno a crear una regulación para los extranjeros que llegaban al país.

La primera noción más clara fue en el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 donde se menciona ya de forma expresa lo que se considera como extranjero, haciendo una diferencia entre chilenos, españoles y extranjeros.

Ya para la Constitución de 1822, se establece quiénes son chilenos y qué necesitan los extranjeros para obtener la nacionalidad chilena, sin regular los requisitos específicos para residir en el país.

A su vez, la Constitución de 1833 restringe la residencia en Chile, estableciendo en su artículo 132 que: “En Chile no hay esclavos, y el que pise su territorio queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni naturalizarse en la República”.<sup>2</sup> Siguiendo esta corriente, la Constitución de 1925 establece la igualdad ante la ley.

Con el paso de los años, la realidad social del país fue cambiando y la migración campo ciudad de los chilenos, provocó el llamado fenómeno “cuestión social”. Esta situación, que provocó gran crecimiento de los centros urbanos trajo también consigo cambios en la sociedad chilena, que se tradujeron en cambios normativos para adaptarse a los nuevos tiempos.

Estos nuevos tiempos trajeron consigo rechazo y temor hacia la migración extranjera. Los chilenos del siglo XX no vieron con buenos ojos la situación. Este sentir de la

---

<sup>2</sup> Art. 132 Constitución Política de la República de 1833.

población llegó al poder legislativo, el cual no se mantuvo ajeno y sin lugar a dudas inspiró ciertos principios rectores en el rechazo que provocaba la migración en la sociedad de la época. Así, por ejemplo, surge en diciembre de 1918, la llamada ley de residencia, la cual refleja a la sociedad de la época y su relación con los extranjeros. La mencionamos, no sólo por ser un hito fundacional para la legislación chilena migratoria, si no porque además se puede ir vislumbrando como ya desde esa época se le entrega a la Administración del Estado el poder de controlar los temas que a extranjeros se refiere.

Así las cosas, el razonamiento legislativo se mantuvo así por años, se señala que para el año 1937, los colonos debían ser seleccionados en orden a que producen un aumento de la población, por lo que mediante ellos se contribuye a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza. Es por ello que se centra el plan de inmigración en la incorporación de pescadores, obreros especializados, técnicos, entre otros que ayuden al proceso de industrialización en que se encuentra el país.

Ya para 1953, el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 creó el Departamento de Inmigración, que establece la diferencia entre la migración libre que venía arrastrando la legislación nacional a una migración dirigida que es aquella que se efectúa “con la ayuda económica de instituciones nacionales, extranjeras o internacionales y con el objeto de erradicar al inmigrante en una zona determinada del país (...), pudiendo solamente ejercer actividades de acuerdo con las cláusulas del contrato”<sup>3</sup>

Se establecía además en este DFL una diferencia entre colono e inmigrante; si se era colono, es decir, se cumplía con las características recién mencionadas, podría ser beneficiado con tierras fiscales, por medio de la Caja de Colonización Agrícola.

Hoy, este incentivo no tiene mayor relevancia, por cuanto por medio de la Reforma Agraria de 1962, se le quitó todo beneficio a los inmigrantes conferido por el DFL N° 69/53.

---

<sup>3</sup> DFL N° 69 de 1953.

## II. Inicio de la regulación estatal y su avance

Cierto es que los intentos por realizar una regulación sistemática de la inmigración en Chile fueron bastante lentos. Para el año 1914 aún no existía ninguna regulación con respecto al ingreso de extranjeros al país, donde un solo decreto promulgado ese año, comenzó de alguna manera, a abrir el camino para que se construya una legislación migratoria y partió estableciendo ciertas reglas, sobre todo en relación a la calidad y la condición de salud de los migrantes que quisieran llegar a Chile.

Ya en el año 1918, se publica la Ley N° 3.446, denominada ley que que impide la entrada al país o la residencia en él de elementos indeseables. Esta ley compuesta de 9 artículos, ya enmarca el camino para el comienzo tardío, pero firme de comenzar a regular la entrada al país de extranjeros. Sus artículos principalmente trataban temas atinentes a los problemas migratorios del país como aumento de los delitos y problemas en orden a la salud pública.

El artículo primero, por ejemplo, establecía directamente causales por las cuales se les podía impedir a los extranjeros ingresar al país, las cuales eran principalmente tener alguna condena, no poder ejercer una profesión u oficio para ganarse la vida o que tuvieran alguna enfermedad que estuviera señalada en el Código Sanitario en el artículo 110.

Ya el artículo segundo, abarca aristas más políticas y prohíbe la entrada de extranjeros que practiquen o enseñen alteración del orden social o político por medio de la violencia.

Pero es el artículo tercero el que resulta interesante para los fines de determinar los alcances del debido proceso en la sanción de expulsión de extranjeros. Es en este artículo que se le entrega a la autoridad administrativa, en este caso al intendente, la autorización expresa de poder expulsar a un extranjero si es que su situación está comprendida en alguno de los artículos anteriores. Además establece que mediante un decreto se deben expresar los fundamentos de la resolución y que “*al interesado*

*las acciones judiciales que le concede la ley y se ordenará su arraigo previo, bajo la vijilancia de la policía”<sup>4</sup>*

En los artículos siguientes, el legislador de cierta forma se hizo cargo de establecer de manera superficial, una especie de procedimiento para que el afectado pudiera impugnar la resolución que lo afecta pudiendo reclamar ante la corte suprema dentro de cinco días y a partir de eso continuar el proceso de revisión de su causa o seguir propiamente tal con su expulsión: “Art. 4.º *El extranjero, cuya espulsion hubiere sido decretada, podrá reclamar judicialmente por si o por medio de cualquiera persona, ante la Corte Suprema, dentro de cinco días, contados desde la publicacion en el Diario Oficial de dicho decreto.*

*La Corte Suprema, procediendo breve i sumariamente i con audiencia del Fiscal, fallará como jurado la reclamacion dentro del plazo de diez dias, contados desde la presentacion del reclamo. Durante estos plazos la Corte podrá adoptar las medidas de precaucion i vijilancia que crea necesarias respecto del ocurrente.*

*Art. 5.º Transcurrido el plazo de cinco dias sin que interponga recurso judicial en contra de la órden de espulsion, o tres dias despues del fallo denegatorio de la Corte Suprema, el Intendente respectivo ordenará ejecutar lo mandado, fijando un plazo que no podrá ser menor de veinticuatro horas para conducir al espulsado a la frontera bajo la inmediata vijilancia de la policía”<sup>5</sup>*

Así las cosas como se puede apreciar, la regulación que entregó la Ley N° 3.446 fue superficial y poco precisa pero estableció un punto de partida de otorgar a la autoridad administrativa el poder para tomar las decisiones de lo que a migración se refiere. Esta situación fue constituyendo una compleja institucionalidad administrativa paralela, al ir reglamentando las situaciones migratorias que se fueron originando a través de oficios, circulares y decretos, que progresivamente fue limitando las posibilidades de ingreso al país y la obtención de nacionalidad, pero sin tener un orden sistemático al cual poder ceñirse si no que una regulación que fue hasta ese

---

<sup>4</sup> Art. 3. Ley N° 3.446.

<sup>5</sup> Arts. 4 y 5. Ley N° 3.446.

momento, regulando según las situaciones que se iban presentando. Sumando a esta extraña y compleja situación además cabe recordar, el poder que se les entregó a los intendentes para expulsar, instalando desde ese momento un poder a una autoridad administrativa, pudiendo realizar este acto mediante un decreto fundado.

Chile no había sido hasta hace menos de una década un país de inmigración masiva. En aquella época se buscaba fomentar el fenómeno migratorio, entendiendo que Chile era un país que necesitaba desarrollo, población e industria para poder surgir, razón por la cual se decretaron franquicias para extranjeros que quisieran establecer fábricas de industria nacional, haciéndoles entrega por parte del Estado de terrenos para que se establecieran, exentos del pago de toda contribución a las que se pudieran ver afectos.

Seguido a esto, el trabajo legislativo referente a la migración, no tuvo si no hasta 1959, una renovación significativa. En octubre de ese año se realiza la publicación de la Ley N°13.353 y su reglamento Decreto N° 5.021, las cuales se enmarcan en el contexto de dar a la legislación chilena una regulación migratoria tendiente a categorizar, establecer sanciones y facultades al respecto.

En ese sentido el artículo 11 de dicha ley, que se marca como precedente claro de la legislación posterior el conocido Decreto Ley N° 1.094, establece nuevas categorizaciones para los extranjeros que quisieran ingresar a Chile, pudiendo hacerlo en calidad de inmigrantes, turistas, residentes y residentes oficiales.

Seguido a esto establece parámetros que instauran exigencia a los extranjeros, que de cierta manera limitaban la vida política tal como el artículo 5 que establece “la obligatoriedad del extranjero de suscribir una declaración jurada, comprometiéndose a no participar durante su permanencia en Chile en la política interna ni en actos que puedan inferir molestias a los gobiernos con los cuales se mantienen relaciones amistosas y a respetar y cumplir la Constitución”<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 5 DL N° 1.094 de 1975.

Esta legislación también hace un exhaustivo desarrollo sobre a quienes se le prohíbe ingresar al país, haciendo especial énfasis en la seguridad interior del estado. Solo a modo de ejemplificación prohibía la entrada de “los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas”<sup>7</sup>.

### **III. Decreto Ley N° 1.094 de 1975**

El 11 de septiembre de 1973, con el derrocamiento del gobierno de Salvador Allende, asume la junta de gobierno, liderada por Augusto Pinochet, comenzando el gobierno de facto que estará en el poder por 17 años. Con esta nueva institucionalidad, el poder legislativo se concentra en la junta militar, y con eso se promulgan una serie de Decretos Leyes. En ese contexto legislativo, con fecha 6 de noviembre de 1973 se publica en el Diario Oficial el Decreto Ley N° 81, en virtud del cual se establece que quien velará por el cumplimiento de las normas migratorias será la autoridad administrativa. Durante la vigencia de dicho decreto se dispone que basta el hecho objetivo de haber salido del país sin cumplimiento de las normas establecidas para ello y los asilados, para tener la calidad de exiliado, sin tener la certeza de cuándo se podrá retornar al país.

Durante el régimen militar, se dicta el Decreto Ley N° 604, que faculta al Poder Ejecutivo para prohibir el ingreso al territorio nacional a los chilenos o extranjeros que, a discrecionalidad del Gobierno, realizan o realizaron actos contrarios a los intereses de Chile o que divulgan doctrinas que pueden constituir un peligro para el Estado.

En 1981 entró en vigencia una nueva Constitución. Con ella, a pesar de mantener el derecho de toda persona de residir y permanecer en cualquier lugar del territorio de la República, de trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, ello se ve gravemente vulnerado por el mismo texto constitucional, que autoriza al Presidente de la República para expulsar chilenos del territorio nacional por declaración del estado de sitio.

---

<sup>7</sup> Art. 15 N°1 DL N° 1.094 de 1975.

Previo a ello, en el año 1975 se promulga la Ley de Extranjería mediante el Decreto Ley N° 1.094. En ella se evidencia una política migratoria muy controladora, cuya base esencial es la conveniencia nacional y su seguridad, entendiendo que son riesgosos para la seguridad nacional los extranjeros no gratos y los chilenos exiliados del país. Ello estaba dispuesto en el artículo 15 N° 1 de dicho cuerpo legal que se cita a continuación: “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”.<sup>8</sup>

Como complemento de este marco normativo se promulga el Reglamento de Extranjería y Migración, a través del Decreto Supremo N° 1.306 del año 1975, que viene a complementar la legislación de la época, y que rige en nuestros días. A través de dicho reglamento se otorga al Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior, la potestad de aceptar, rechazar o revocar visas por motivos de conveniencia o utilidad nacional, atendiendo para ellos a factores tales como la calidad del migrante, su país de origen, antecedentes penales, entre otros.

En el año 1983 se le entrega a los Intendentes la facultad de expulsión de extranjeros del país, dejando de manifiesto la alta discrecionalidad<sup>9</sup> con la que continuaría operando la Administración del Estado, lo que complicaría aún más la situación de los inmigrantes en el país.

---

<sup>8</sup> Art. 15 N° 1. DL N° 1.094 de 1975.

<sup>9</sup> El Diccionario Panhispánico del español jurídico define la discrecionalidad como la: “potestad atribuida a los órganos administrativos por las leyes sin predeterminedar por completo el contenido u orientación que han de tener sus decisiones, por lo que el titular de las potestades o competencias queda habilitado para elegir dentro de las diversas opciones decisorias que se le presentan”.

A lo largo de los años se fueron incorporando reformas a la Ley de Extranjería, pero que no son suficientes y no coinciden con la realidad actual; y además, que dejan a la discrecionalidad de la autoridad administrativa temas de relevancia como lo es el derecho de residencia y tránsito vinculado con el derecho fundamental de libertad personal reconocido por el artículo séptimo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

#### **IV. Nueva Ley de Migración (Ley Nº 21.325)**

La nueva ley de migración se promulgó con fecha 11 de abril de este año y se publicó en el Diario Oficial el día 20 del mismo mes, sin embargo, no ha entrado en vigencia. Lo hará recién cuando se publique el respectivo reglamento que señala la misma ley.

Por primera vez, desde el retorno a la democracia en Chile, se legisla sobre esta materia. Hasta el año 2018 lo que existía eran acciones dispersas y sin continuidad en el tiempo, pero ahora, la nueva Ley de Migración viene llenar este vacío y suplir al D.L. 1.094, intentando adaptarse a la situación migratoria actual.

Esta nueva normativa, podríamos creer que tiene por objetivo la integración de las personas migrantes, pero de su propio texto vemos varios retrocesos e impedimentos que limitan dicha integración, teniendo en el fondo el objetivo de dotar al Estado con la capacidad de controlar, seleccionar y restringir la movilidad de los migrantes.<sup>10</sup>

Es cierto que esta ley tiene ciertos avances respecto del DL 1.094, como por ejemplo, la inclusión de las nociones de derechos e integración. Se crea un estatuto complementario que tiende a la protección de las víctimas de violencia de distinto tipo que no cumplan con los presupuestos para acceder al estatus de refugiado, que nos encamina en dirección a un mejor estándar de protección de los derechos humanos. En este mismo sentido de la protección de los derechos humanos, la Ley Nº 21.325

---

<sup>10</sup> Nueva ley de migraciones: por qué precariza el trabajo y la residencia de los migrantes y puede promover más ingresos clandestinos. *CIPER Chile* [en línea]. 27 de abril de 2021 [consultado el 24 de diciembre de 2021]. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/04/27/nueva-ley-de-migraciones-por-que-precariza-el-trabajo-y-la-residencia-de-los-migrantes-y-puede-promover-mas-ingresos-clandestinos/>

establece que el hecho de ingresar clandestinamente al país ya no es un delito, sino que una falta, lo que es un arma de doble filo porque deja la sanción de expulsión a la entera disposición de la autoridad administrativa, sustrayéndola del conocimiento de los Tribunales de Justicia, corriendo riesgo de ser sujeto de arbitrariedad.

Esta ley pone en una situación aún más complicada a los migrantes en situación irregular, lo que se evidencia en diversos aspectos. Primero, la consagración de un sistema de visas consulares para trabajadores que establece que todo migrante deberá venir con autorización tramitada en el consulado de su país de origen. En ello no se considera la situación de crisis social en la que se encuentra la mayoría de los países de origen de los migrantes que vienen a hacer su vida a nuestro país, muchos de ellos no tienen la capacidad de procesar tantas solicitudes, por lo que más que intentar mitigar la situación de irregularidad, hace aún más difícil su regularización.

En segundo lugar, si bien es cierto que reconoce la existencia de situaciones de irregularidad a tal punto de consagrar derechos sociales para personas que se encuentren en dicha situación, no establece ningún mecanismo ordinario para salir de ella. Es más, sólo establece un mecanismo de regularización extraordinario en sus artículos transitorios, que a diferencia de lo que se hizo en 2018, no incluye a aquellas personas que hubieren ingresado por pasos no habilitados al país.

Y, por último, se establece la prohibición de cambio de la categoría de ingreso de permanencia transitoria a la residencia temporal. Esto es, aquellas personas que ingresen con un permiso transitorio de vigencia de 90 días, no podrán acceder estando en Chile a un permiso temporal que les permita residir y trabajar en el país. Para ello deben regresar a su país de origen y tramitar consularmente la solicitud respectiva. Resulta ilusorio creer que una persona que viene en una situación de total vulnerabilidad a nuestro país, como lo hacen los nacionales de Venezuela y Haití por ejemplo, vayan a volver a su país para allá pedir permiso para volver a Chile. En el fondo esta medida tiende al aumento de personas en situación irregular, les dificulta el acceso al trabajo y deja aún más plasmada su situación de vulnerabilidad.

## Capítulo II. Debido Proceso y migración

### I. El debido proceso como garantía constitucional

Desde un principio, podemos establecer que los Estados, como entes soberanos e independientes, pueden diseñar e instituir mecanismos de control de ingreso y egreso de personas extranjeras de sus territorios, siempre que dichas políticas sean compatibles con la protección de los Derechos Humanos internacionalmente consagrados a nivel internacional en la Convención Interamericana de DD.HH.

Paralelo a esto, dentro de la esfera de derechos, cada Estado democrático debe proteger, resguardar y garantizar el debido proceso. Este se define como aquel derecho fundamental que garantiza al ciudadano que su causa sea oída por un tribunal imparcial y a través de un proceso equitativo; derecho al proceso debido que agrupa y se desdobra en un haz de derecho filiales reconocidos a la vez todos ellos como derechos fundamentales, y que incluye entre otros principios y garantías el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas, el principio de contradicción, el principio de publicidad, el principio de aceleración procesal y el de presunción de inocencia<sup>11</sup>.

Al respecto la CIDH señala en su artículo octavo: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”<sup>12</sup>.

Adicionalmente en el mismo artículo, la CIDH establece las siguientes garantías:

---

<sup>11</sup> BRANDÉS (1992). p.101

<sup>12</sup> Art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos.

1. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.
2. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
3. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
4. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.
5. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.
6. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
7. Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.<sup>13</sup>

Con respecto a las garantías antes mencionadas del artículo octavo, es preciso puntualizar que el procedimiento administrativo de expulsión chileno, no cumple cabalmente con dichas garantías. Por ejemplo, no considera el derecho de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no se comprende o no habla el idioma, situación que será profundizada en el acápite correspondiente a expulsión.

Históricamente en Chile, la garantía del debido proceso se establece por primera vez en la Constitución de 1822 a través de la prohibición de comisiones especiales, en su artículo 199 señalando que: “Todos serán juzgados en causas civiles y criminales por sus jueces naturales, y nunca por comisiones especiales”<sup>14</sup> Posteriormente, la Constitución liberal de 1828 le da un sentido más amplio a esta garantía expresando que “Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que le señale la ley, y que se halle establecido con anterioridad por esta”<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>14</sup> Art. 199. Constitución Política de la República de 1822.

<sup>15</sup> Art. 15 Constitución Política de la República de 1828.

Actualmente, la Constitución consagra la garantía del debido proceso en términos generales en su artículo 19 n° 3 inciso 6° sin proporcionar una definición específica, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 902: “frente a esta realidad, esto es, no contar con una norma constitucional categórica que define y conceptualice el debido proceso como tal, este Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha proporcionado elementos para precisar el concepto de debido proceso, que sustenta en un conjunto de disposiciones de la Constitución, entre las cuales se incluyen las diversas garantías relacionadas con el mismo que se contienen en el artículo 19, número 3o, donde, por cierto, como ya se dijera, no se encuentra definido”<sup>16</sup>.

Haciendo referencia específica al inciso 6° del numeral tercero del artículo 19 de la constitución, la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 151 señala: “Que el constituyente, como se expresó, se abstuvo de enunciar las garantías del procedimiento racional y justo, ordenando al legislador precisarlas en cada caso. La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (sesiones 101 y 103) discutió extensamente esta materia, prefiriendo no enumerar los requisitos del debido proceso, sino atribuir a la ley el deber de establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, dejándose constancia que tales atributos se concretan, entre otros elementos, en principios como el de la igualdad de las partes y el emplazamiento, materializados en el conocimiento oportuno de la acción, la posibilidad de una adecuada defensa y la aportación de la prueba, cuando ella procede”<sup>17</sup>.

Siguiendo esta línea, y para mayor abundamiento en el tema, la Convención Europea de DDHH en su artículo 6 dispone que el derecho a un procedimiento equitativo es aquél en que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en

---

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 901, 1 de abril de 2008.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional. Rol N° 478-06, 8 de agosto de 2006.

materia penal dirigida contra ella.”<sup>18</sup> Por lo anterior, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso. Este respeto no se enmarca, como vemos, únicamente en los tribunales, sino que en todo el ordenamiento jurídico ya sea de orden estatal o privado.

## **II. Debido proceso en la aplicación de la sanción migratoria de expulsión**

La sanción de expulsión en el contexto del derecho migratorio, es la mayor sanción que se le puede imponer a un migrante y trae consecuencias de distintas índoles, ya que como sujeto de derecho no solo tiene que responder con los deberes correlativos a estos mismos derechos, sino que conlleva el cambio o el término de un proyecto de vida que se pretende comenzar en un país distinto al de origen y que además no solo involucra al expulsado si no también a su núcleo familiar.

El Tribunal Constitucional refiriéndose a la sanción de expulsión de inmigrante, señala que es necesario que el principio del debido proceso sea respetado para así evitar la vulneración de este derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y que para ello es necesario que la orden de expulsión se encuentre debidamente fundada y que los motivos en que se funda dicha orden sean concretos y suficientes, y hayan sido evaluados objetivamente.<sup>19 20</sup>

Ahora bien, si analizamos el DL N° 1.094, no establece reglas ni procedimientos que se deban llevar a cabo por la autoridad, ya sea el Ministerio del Interior o las Intendencias Regionales, para decretar una orden de expulsión, sólo señala sus causales e incluso en algunos casos se limita a señalar que procederá la expulsión sin más trámite. Esta norma contradice lo establecido en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a

---

<sup>18</sup> Art. 6. Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-12, 4 de julio de 2013.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, Rol N° 2257-12, 10 de septiembre de 2013.

menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”<sup>21</sup>

Quebrantando otra garantía fundamental, la ley establece que puede ser expulsado un extranjero que haya cometido un delito en territorio nacional, aún habiendo cumplido la condena que le imponen a ese delito las leyes penales. Es decir, estaría siendo castigado dos veces por el mismo hecho, pasando a llevar así gravemente la garantía que se conoce y reconoce por el derecho internacional como “non bis in ídem”, esto es, la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho”.<sup>22</sup>

Precisando lo señalado, resulta imprescindible que la medida de expulsión en el marco de sanción de constituirse como una sanción administrativa y analizada en concordancia con los derechos establecidos en la CIDH carece de tres presupuestos fundamentales para asegurar el debido proceso y asegurar los derechos de todo migrante, los que pueden sintetizarse en: la falta de un protocolo de comunicación directo entre el afectado y el consulado de su país de origen; en la ausencia y la nula obligatoriedad de la existencia de un intérprete en caso que el expulsado no entienda el idioma español, y la rapidez con la se desarrolla el proceso que muchas veces, no permite que se den las oportunidades procesales para que el migrante puede hacer uso de su correcto derecho a defensa.

Profundizando, cuando una persona es afectada por una medida de expulsión, debería dársele la oportunidad de que se comunique con el consulado correspondiente con el fin de preparar una adecuada defensa, tener representación de un profesional, obtener prueba que pudiera estar en su país y poder presentarla ante los tribunales chilenos. Más que una oportunidad esto es un derecho, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en virtud de que los extranjeros

---

<sup>21</sup> Art. 13. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>22</sup> MAÑALICH (2011).

sujetos a sanciones se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad al estar en un país que no es el suyo, con una sociedad y un ordenamiento jurídico distinto al de su origen. Aquí la asistencia consular juega un rol determinante, permitiendo equilibrar la situación de desigualdad y vulnerabilidad. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.”<sup>23</sup> En Chile, no se contempla la instancia en que se le informe al expulsado que tiene la posibilidad de comunicarse con su consulado, dejándolo en una total indefensión e incertidumbre, y vulnerando gravemente sus derechos.

Siguiendo el contexto de la vulneración del debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico respecto al tema en cuestión, no se considera dentro del procedimiento el derecho del migrante a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma local. Un inmigrante debería entender claramente las razones en que se funda la medida de expulsión decretada en su contra, para así estar en condiciones de ejercer una adecuada defensa y contar con los medios para ella. Es más, en este procedimiento no se contempla una etapa de contradicción en la cual la persona afectada pueda aportar medios de prueba o solicitar medidas adicionales como la asistencia de un traductor o intérprete. Todo se desarrolla de forma escrita y en español.

El procedimiento de expulsión, desde su notificación, es algo que ocurre muy rápido, llevan a la persona detenida y la sacan del país dentro de las 24 horas siguientes. Así las cosas, no existe la oportunidad de que el afectado pueda revisar los antecedentes, la infracción que se le está castigando, las pruebas obtenidas en su contra, los fundamentos de la decisión, por lo que no se garantiza el derecho a defensa. En virtud de este último, toda persona, sea natural o jurídica, tiene derecho a defenderse o ser defendido por un letrado ante los tribunales de justicia, comprendiendo dentro de ellos a los órganos administrativos que ejercen potestades jurisdiccionales atribuidas por

---

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999) “Ficha técnica: el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/ver\\_ficha\\_tecnica\\_opinion.cfm?nId\\_Ficha=18&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica_opinion.cfm?nId_Ficha=18&lang=es)

la ley. En otras palabras, el extranjero no es escuchado, no tiene un abogado, no conoce los cargos que se le imputan, solo sabe que se tiene que ir del país.

Los extranjeros llegan al país con la intención de asentar a su familia, sus hijos, tener trabajo estable que permita costear la vida. En este sentido, nos preguntamos qué pasa con los hijos menores de edad de los extranjeros afectados por una sanción de expulsión. En materia de derechos de NNA, ellos también tienen derecho a ser escuchados frente a la potencial expulsión de uno de sus padres. Así, la CDN señala que:

- “Art. 12 n° 1 CDN. Los Estados partes deben garantizar el derecho de los niños de expresar su opinión en todos los asuntos que los afecten
- Art. 12 n° 2 CDN. Con tal fin se debe otorgar la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.”<sup>24</sup>

Este derecho supone no sólo el derecho a ser oído sino el sentido amplio de ser parte del proceso, participar en la construcción de la decisión final del asunto, formular alegaciones, estar protegido de la indefensión.

Todas las decisiones adoptadas en un proceso migratorio donde haya NNA involucrados, deben estar motivadas, esto es, con una justificación razonada que permita llegar a una conclusión que debe ser manifiesta y exteriorizada. Los Estados al adoptar cualquier decisión que implique la separación del niño de su familia, deben justificar por el interés superior del niño. En este sentido, la Corte ha señalado que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Art. 12 N° 1 y 2. Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014) “Ficha técnica: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional”. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>

### **III. Consideraciones finales**

Es importante para analizar desde una perspectiva objetiva, no perder el foco que, si bien nuestro ordenamiento normativo no definió lo que se entendería por debido proceso como tal, si se aventuró a definir los límites en los cuales deben desarrollarse los procedimientos judiciales, por lo que en ningún caso podría entenderse que no existe una normativa que esté exenta o no sea alcanzada por el debido proceso, incluido el derecho administrativo.

En ese sentido, el derecho migratorio en nuestro ordenamiento jurídico está regulado desde una perspectiva administrativa y aunque si bien es cierto ha ido evolucionando la regulación hacia mas bien un procedimiento más moderno regulado por una ley, lo cierto es que gran parte del tema aun sigue controlado por el Decreto Ley N° 1.094 y por estatutos de carácter administrativos. Entonces es ahí donde confluye la conclusión central de este capítulo al unir la idea de ver como el debido proceso logra tener aplicación en un derecho que pareciera no ser alcanzado por esta regulación. Pero esta conclusión es errónea, creer que la regulación migratoria está exenta del debido proceso.

Analizada la garantía constitucional del debido proceso y su aplicación en el derecho migratorio, específicamente la sanción de expulsión establecida por el Decreto Ley N° 1.094, se puede concluir que a diferencia de cómo debería ser, la autoridad que decreta dicha orden no sigue el marco que la Constitución establece, vulnerando de distintas maneras garantías que son básicas para las personas que habitan el territorio nacional, sea cual sea su nacionalidad, ya que si bien la constitución es la carta fundamental de la legislación, Chile ha suscrito tratados internacionales como la CIDH que garantizan derechos humanos fundamentales que deben ser respetados por los estados, y esto no excluye a los extranjeros de un país.

Es por eso, que en la práctica existe una evidente contradicción, ya que donde en la Administración aplica una sanción muy grave también se aplica una gran arbitrariedad, sin que se establezcan garantías que resguarden el debido proceso; haciendo caso omiso muchas veces al debido proceso, solo por el hecho de ser actos

administrativos, situación que es completamente vulneradora. Por ello, es que existe la necesidad imperiosa de contar con una nueva normativa en materia migratoria que sí asegure a cada migrante su derecho al debido proceso, con la correspondiente protección y garantía de sus derechos, por ejemplo, en su proceso de expulsión.

### Capítulo III. Sanciones e infracciones migratorias

Uno de los efectos del fenómeno de inmigración y una de las mayores sanciones que pueden afectar a los extranjeros que llegan a nuestro país, es la sanción de expulsión. El Glosario Sobre Migración de la Organización Internacional para Migraciones define la expulsión como: “Acto de una autoridad del Estado con la intención y el efecto de asegurar la salida del territorio de ese Estado de una o varias personas (extranjeros), contra su voluntad”<sup>26</sup>.

La legislación migratoria actual que se concentra en el DL N° 1.094 y el Reglamento n° 597 (hasta la entrada en vigencia de la nueva ley) otorga un amplio margen de discrecionalidad en el ámbito de expulsión de los migrantes, lo que permite hacer expulsar a un extranjero sin un fundamento razonable o adecuado al caso en concreto. Los tribunales hoy en día, con el fin de poner algo de freno al mal uso de la discrecionalidad administrativa que permiten dichos cuerpos legales, que podrían conducir a arbitrariedades, tienden a acoger las acciones que se interponen en contra de las órdenes de expulsión para poder revertir la orden que emana del órgano administrativo respectivo. Para ello los tribunales exigen en las órdenes de expulsión la valoración de las circunstancias personales y familiares que concurran al momento de examinar la razonabilidad de las decisiones.

El DL N° 1.094 se promulgó en el año 1975 en el contexto de la dictadura militar que gobernaba a nuestro país en esos tiempos. Es en este marco gubernamental en que se publica este Decreto Ley que tiene como idea base y rectora la llamada doctrina de seguridad nacional que se sustenta en tres ejes principales que rigen hasta el día de hoy la legislación migratoria: la amenaza, una amplia discrecionalidad y un fuerte control de las fronteras tanto internas como externas. El objetivo de la norma era evitar cualquier tipo de subversión tanto interna como externa, limitando el ingreso al país de extranjeros.

---

<sup>26</sup> Organización Internacional del Migrante. (2006). Glosario de la OIM sobre Migración. Disponible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>

Aunque parezca ilógico y poco coherente con el contexto mundial actual, estas tres ideas siguen vigentes dentro de la norma en comento, ideas que coinciden con las de la época dictatorial y no se condicen con la realidad actual; lo que deja de manifiesto que la legislación no ha estado a la altura de los procesos migratorios que ha experimentado todo nuestro continente, quedando atrasada y generando una situación problemática para muchos extranjeros que debido a la falta de actualización de la regulación migratoria han debido atravesar procesos injustos. Así, el artículo 15 numeral primero señala que: “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.”<sup>27</sup>

Así las cosas, estudiaremos a continuación las sanciones e infracciones migratorias establecidas por los cuerpos normativos vigentes en Chile, evidenciando la falta de actualización de los mismos y cómo vulneran garantías fundamentales que nuestro país reconoce tanto en instrumentos nacionales como internacionales ratificados y que se encuentran vigentes.

## **I. Sanciones migratorias**

Toda infracción migratoria tiene asociada una sanción migratoria, pero no a la inversa. La sanción migratoria es aquella impuesta frente a la comisión de cualquier hecho que conforme a nuestra normativa migratoria esta deba aplicarse, mientras que la infracción migratoria propiamente tal la constituyen aquellos hechos de naturaleza estrictamente migratoria que el legislador ha calificado como tales. Dentro de las infracciones migratorias encontramos los ilícitos migratorios que son aquellos hechos

---

<sup>27</sup> Art. 15 N° 1 DL N° 1.094 de 1975.

respecto de los cuales la legislación migratoria ha establecido la correspondiente sanción migratoria.

Por un lado, existen ilícitos migratorios de naturaleza no migratoria que corresponden a aquellos hechos propios del derecho sancionatorio común, pero que bajo determinadas circunstancias cobran relevancia para la ley migratoria que ha decidido aplicarle una sanción particular. Por otro lado encontramos los ilícitos migratorios propiamente tales o infracciones migratorias, que son aquellas cuya tipificación y sanción se encuentran establecidas en la normativa migratoria y que corresponden a hechos cuya naturaleza es exclusivamente migratoria. Dentro de ésta última categoría encontramos una subdivisión: infracciones migratorias no constitutivas de delito y los delitos migratorios. Las primeras son aquellas a las que corresponde exclusivamente una sanción administrativa. A las segundas, les corresponde una sanción de naturaleza penal y eventualmente una sanción administrativa.

Que la ley permita a la autoridad instruir sanciones en determinados casos se fundamenta en la potestad sancionadora, que es aquella facultad de la Administración Pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, entendida la sanción administrativa como aquel mal infligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber.<sup>28</sup>

Así las cosas, existen distintos tipos de sanciones migratorias, a saber:

Amonestación: Se define, en un marco general, como un aviso o advertencia dirigida a alguien con la intención de corregir una actuación que se realiza en forma irregular.<sup>29</sup> En el marco del derecho migratorio, es una sanción escrita que aplica la autoridad migratoria (intendencias regionales) a las persona que incumplen lo establecido en los artículos 70, 71 y 72 de la Ley de Extranjería. Esto es, a aquellos extranjeros que fueron sorprendidos desarrollando actividades remuneradas sin estar autorizados para ello; a los que continúen residiendo en el país después de haberse vencido sus

---

<sup>28</sup> Enciclopedia Jurídica. Edición 2020. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/potestad-sancionadora/potestad-sancionadora.htm>

<sup>29</sup> NAVARRO (2017).

plazos de residencia legal y a aquellos extranjeros que durante su permanencia en el país no dieran cumplimiento oportuno a la obligación de registrarse, de obtener cédula de identidad, de comunicar a la autoridad, cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades. Estos tres artículos tienen consagrada una multa como sanción, sin embargo, el artículo 72 bis del mismo cuerpo legal señala que: “Tratándose de las personas comprendidas en los artículos 70, 71 y 72 precedentes y siempre que no sean reincidentes en cualquiera de estas infracciones, el Ministerio del Interior, conociendo de ellas, podrá, de oficio o a petición de parte, aplicarles como sanción, en reemplazo de la multa, una amonestación por escrito.”<sup>30</sup>

**Multa:** Se define como aquella sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero.<sup>31</sup> En el derecho migratorio, se aplican multas en virtud de una resolución administrativa que puede emanar tanto del Departamento de Extranjería y Migración, como de las Intendencias Regionales, según el caso. Dicha resolución se notifica personalmente o por carta certificada al afectado. En contra de ella procede recurso de reconsideración fundado en nuevos antecedentes, en el plazo de 10 días hábiles contados desde la correspondiente notificación. Transcurrido el plazo sin que se haya interpuesto el recurso o desde la notificación de la resolución que lo resuelve, se entenderá firme la resolución administrativa que impone la multa la que desde aquél momento tiene mérito ejecutivo.

Nuestra legislación considera como atenuantes para la aplicación de multas, las siguientes circunstancias:

1. Los vínculos familiares del infractor
2. Tiempo de permanencia del extranjero en el país así como su lugar de residencia y domicilio
3. Nivel cultural y situación económica
4. Si es o no reincidente en la infracción que se pena
5. Periodo durante el cual ha estado cometiendo la infracción
6. Antecedentes personales de infractor

---

<sup>30</sup> Art. 72 bis. DL N° 1.094 de 1975.

<sup>31</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es/multa>> [27 de diciembre 2021].

Así, por ejemplo, dispone el artículo 71 de la LE que “Los extranjeros que continuaren residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal, serán sancionados con multa de 1 a 20 sueldos vitales, sin perjuicio de que pueda disponerse su abandono obligado del país o su expulsión.”<sup>32</sup>

Y, por último, tenemos la sanción expulsión, la más gravosa que establece la legislación migratoria y que analizaremos en el apartado a continuación.

## **II. La expulsión en el DL N° 1.094 y sus causales**

La palabra expulsión proviene del latín expulsión que se refiere a la “acción y efecto de expulsar”. A su vez, la palabra expulsar proviene del latín expulsare, formado por el prefijo ex- (hacia afuera) y el verbo pellere (empujar, impulsar, lanzar). Es decir, significa “empujar a alguien de un interior a un exterior.”<sup>33</sup>

Durante los años de dictadura militar muchas personas, tanto chilenos como extranjeros, se vieron afectadas por expulsiones del país que se fundamentaban en la eliminación de la oposición política que pudiera afectar al régimen militar.

En este sentido, el DL 1.094 llegó a regular las causales que dan lugar a la expulsión en específico de extranjeros. Así, el artículo 84 de dicho cuerpo legal señala que: “La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministerio 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.”<sup>34</sup>

El artículo 63 de la LE, establece causales por las que deben rechazarse la solicitudes que se presenten los peticionarios, se conocen como causales imperativas, como por

---

<sup>32</sup> Art. 71. DL N° 1.094 de 1975.

<sup>33</sup> Diccionario que explica el origen de las palabras. Etimologías de Chile. Disponible en: <http://etimologias.dechile.net/?expulsar>

<sup>34</sup> Art. 84. DL N° 1.094 de 1975.

ejemplo, aquellas personas con prohibición de ingreso de acuerdo al artículo 15, esto es, aquellos que se dediquen al tráfico ilícito de drogas o armas, los que no tengan como sustentarse en Chile y que en definitiva constituyan una carga social para el país, entre otros.

A su vez, el artículo 64 establece causales por las que pueden rechazarse dichas solicitudes, es decir, causales facultativas que dotan de discrecionalidad a la autoridad administrativa para determinar si, cumpliendo con ciertas causales, se denegará o no la solicitud respectiva.

El artículo 67 señala que una vez rechazado o revocado alguno de los permisos establecidos en dicha ley, se establecerá un plazo prudente para que el extranjero haga abandono del país, y de no hacerlo, se debe decretar la expulsión mediante decreto supremo en el tenor del artículo 84.

Hasta cierto punto, suena coherente la aplicación de la sanción de expulsión a aquellos migrantes a los cuales se les ha negado o revocado el permiso de residir en el país, se les ha concedido un plazo prudencial para hacer abandono del país y no lo hacen. El problema radica en el procedimiento para tomar la decisión de revocación o denegación de un permiso de residencia, que está enteramente entregado a la discrecionalidad administrativa en el artículo 13 de la LE y que no fija parámetros objetivos, ni posibilidad de defensa del migrante, lo que podría devenir en una arbitrariedad contraria a derecho.

Por otro lado, tanto el DL 1.094 como su reglamento, plantean la expulsión como una sanción a aquellos extranjeros no residentes que incumplan ciertas obligaciones legales. Al respecto, el artículo 17 señala que podrán ser expulsados del territorio aquellos que hubiesen ingresado al país pesando sobre ellos alguna de las prohibiciones del artículo 15, o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones que señalan los numerales 1º, 2º y 4º del mismo precepto legal. El último de ellos se refiere en general a aquellos que propaguen doctrinas o ideas que promuevan violencia o destruyan el orden social (causal que concuerda con la doctrina de la Seguridad Nacional, base de la legislación migratoria en los años en que se dictó el DL y su respectivo reglamento); los que se dediquen al tráfico de

drogas o armas; y los que no tengan oficio o no tengan los medios suficientes para vivir en Chile.

En general, las causales de expulsión se mueven en dichos términos, pero también hay otras que dicen relación, por ejemplo, como simulaciones o fraudes en la celebración de contratos de trabajo con el objeto de obtener una visación de residencia sujeta a contrato; o infringir reiteradamente obligaciones de la LE, como señala el artículo 72 respecto de quienes no dieron cumplimiento oportuno a la obligación de registrarse, de obtener cédula de identidad y de comunicar a la autoridad, cuando corresponda, el cambio de domicilio o de actividades.

### **III. Procedimiento**

Cabe destacar que no existe un procedimiento que regule de manera detallada la expulsión, sino sólo disposiciones particulares atinentes a la sanción, pero en lo que respecta a la parte administrativa rige de manera supletoria la LBPA. Si la causal de expulsión invocada proviene de un delito migratorio, el decreto o resolución de expulsión se funda en la sentencia condenatoria de dicho delito. Ahora bien, si se funda en causales de carácter exclusivamente administrativo, el procedimiento se rige íntegramente por el estatuto administrativo común.

Si nos remitimos a normas especiales de la expulsión podemos encontrar que: la expulsión debe ser notificada personalmente al afectado y por escrito, por personal de la Policía de Investigaciones; el acto de la notificación debe ser firmado tanto por el extranjero afectado como por el funcionario encargado de llevarla a cabo.

En este contexto, señala el artículo 176 del R.E. que “para hacer efectivas las medidas contempladas en el presente Título, se podrá someter al afectado a las restricciones

y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento de aquellas.”<sup>35</sup>

La autoridad competente para expulsar extranjeros en Chile es por regla general, el Ministerio del Interior; y, excepcionalmente, los Intendentes Regionales en los siguientes casos:

- Personas con permiso de turismo que prolonguen su permanencia en el país con dicho permiso vencido. Respecto de ellos, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón
- Por ingreso clandestino, en virtud del artículo 1º letra b) del Decreto Supremo Nº 818, de 13 de julio de 1983, Ministerio del Interior.
- Por infracción al Convenio Arica-Tacna, por una causal distinta de las establecidas en el mismo convenio y siempre que el permiso se encuentre vencido.

Este sería el escaso marco regulatorio de la sanción de expulsión que es la que más afectación de derechos trae. Por ello y como explicamos en el primer capítulo de este estudio, no se cumplen con los estándares básicos del derecho fundamental del debido proceso, estableciendo medidas arbitrarias y sujetas enteramente a la discrecionalidad administrativa. En este sentido, la Corte Suprema reconoce la necesidad de que la garantía del debido proceso sea reconocida por órganos administrativos o que no ejercen jurisdicción, señalando: “Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás pueden invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6º de la CPR, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que incluye el derecho a la libertad y al debido proceso.”<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Art. 176. DS Nº 597 de 1984.

<sup>36</sup> Corte Suprema, Rol Nº10.916-2014, 30 de julio de 2014.

Si analizamos el procedimiento de expulsión administrativa en concordancia con el derecho al debido proceso podemos encontrar que:

- 1) El afectado no es informado oportunamente, desde la notificación tiene 24 horas para salir del país.
- 2) No existe un término probatorio donde el afectado pueda sustentar su defensa
- 3) No se otorgan medios procesales adecuados para la preparación de una adecuada defensa, como la asistencia de un abogado o un traductor en caso de diferencias de idiomas
- 4) El único lugar donde se puede interponer el recurso de reclamación, que estudiaremos a continuación, es la Corte Suprema, ubicada en Santiago, lo que lo hace inaccesible para personas de otras regiones.

#### **IV. Recursos**

El artículo 89 LE señala que “El extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de él. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación. La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministerio del Interior o el Intendente determinen.”<sup>37</sup>

Transcurridas las 24 horas señaladas dicho artículo, si el extranjero no hubiese presentado recurso alguno, este no fuere procedente o transcurrido el mismo plazo desde que este se haya denegado, se procederá por parte de la PDI a cumplir la orden de expulsión. En contra de la resolución que deniegue la reclamación u ordene revocar el decreto de expulsión, no procede recurso alguno.

---

<sup>37</sup> Art. 89. DL N° 1.094 de 1975.

Si entendemos un recurso como un acto jurídico procesal por medio del cual se impugna una resolución judicial con el fin de eliminar el agravio causado por su dictación,<sup>38</sup> entonces no sería correcto hablar de recurso en el caso de la reclamación que establece la legislación migratoria por cuanto no ha mediado resolución judicial alguna, sino un decreto de carácter administrativo, no habiendo mediado un debido proceso ni respeto a las garantías procesales mínimas que se requieren para imponer una sanción de este tipo.

En el cuarto capítulo de esta memoria analizaremos jurisprudencia respecto del recurso de reclamación de expulsión.

## **V. La sanción de expulsión como pena sustitutiva de la Ley N° 18.216**

Originalmente, la Ley N° 18.216 no establecía dentro de su catálogo de penas sustitutivas, la expulsión. Luego de diversas modificaciones y largas discusiones, se incluyó en la lista del artículo primero de dicha normativa.

Artículo 1.- “La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional
- b) Reclusión parcial
- c) Libertad vigilada
- d) Libertad vigilada intensiva
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.”<sup>39</sup>

A su vez, el mismo artículo recién citado, en los incisos siguientes refiere ciertos delitos respecto de los cuales no es posible la sustitución de penas como por ejemplo, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en caso de reincidencia; en el delito consumado de robo con violencia y/o intimidación por un reincidente; robo

---

<sup>38</sup> MATURANA (2015).

<sup>39</sup> Art. 1. Ley N° 18.216.

calificado, robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias.

Cabe destacar de este artículo, el inciso quinto, que señala: “Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.”<sup>40</sup>

La Ley N° 18.216 establece ciertos requisitos para la procedencia de la expulsión penal como pena sustitutiva, a saber:

- a) Que la pena sea igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

Es preciso destacar que la pena a la que se refiere este requisito es la pena en concreto, es decir, “la pena resultante de aplicar, sobre el marco penal abstracto, las reglas generales de aplicación de la pena que se refieren a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravantes o atenuantes genéricas, o las eximentes incompletas, dando lugar a un intervalo temporal entre un límite mínimo y un límite máximo”<sup>41</sup>

A contrario sensu, tenemos las penas en abstracto, que son aquellas “que el legislador establece, con carácter general, para el autor de un delito consumado, expresada en una duración temporal entre un límite mínimo y un límite máximo. Por ejemplo, el Código Penal establece una pena de prisión de diez a quince años para el autor de un delito de homicidio consumado.”<sup>42</sup>

- b) Que el condenado a dicha pena sea un extranjero que no residiere legalmente en el país.

---

<sup>40</sup> Art. 1 inc. 5°. Ley N° 18.216.

<sup>41</sup> Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dpej.rae.es/lema/marco-penal-concreto>> [27 de diciembre 2021].

<sup>42</sup> Ibid.

En este sentido, entendemos como extranjero “toda persona que no sea chileno de acuerdo al artículo 10 de la CPR.”<sup>43</sup> En virtud del artículo en mención, son extranjeros todos quienes no sean chilenos por ius solis (derecho de suelo), por ius sanguinis (derecho de sangre), por haber obtenido carta de nacionalización o en virtud de una ley especial que otorgue la nacionalidad chilena por gracia.

No basta para el cumplimiento de este requisito que el condenado sea extranjero, sino que además se exige que no sea residente legal, es decir, el extranjero debe haber entrado ilegalmente al país evadiendo el control migratorio policial o debe haber caducado la autorización administrativa que le permitía permanecer.

El juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de la pena a que ha sido condenado el extranjero, por la expulsión de éste del territorio nacional. En caso de ordenarse la expulsión, se oficia al Departamento de Extranjería para que lleve a cabo la implementación de la pena y se ordena la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.

Además de la expulsión, el extranjero condenado debe cumplir con la imposición de no poder regresar al territorio nacional en un plazo de 10 años contados desde la fecha de la sustitución de la pena. Si el expulsado regresa al territorio nacional dentro de dicho plazo, se revoca la pena sustitutiva, debiendo cumplir el saldo de la pena privativa de libertad que se había impuesto en un principio, tal y como sucede con el resto de penas sustitutivas que establece la normativa en cuestión, que en caso de incumplimiento o de una nueva formalización por algún delito dentro del plazo de cumplimiento de la pena, se transforman en penas corporales efectivas.

## **VI. Situación de las sanciones migratorias en la nueva Ley de Migración**

---

<sup>43</sup> Art.1 N°8. Ley N° 21.325.

El título VII desde el artículo 105 en adelante trata las sanciones migratorias que se contemplan en la nueva legislación. Es así como establece desde las infracciones menos graves hasta la propia expulsión. Ya para el artículo 126 se trata en un apartado específico la sanción de expulsión.

Define la ley la expulsión como: Artículo 126.- Expulsión del territorio. 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.<sup>44</sup>

Con respecto a esta misma, hace directa referencia a que se mantendrán para su dictación la misma fórmula que se ocupaba en la Ley N° 18.216: “La medida de expulsión puede ser decretada por resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente, o por el tribunal con competencia penal, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico y, en especial, con lo dispuesto en la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”<sup>45</sup>

A su vez, la nueva ley distingue entre las causales que afectan a extranjeros titulares de un permiso de permanencia transitoria o aquellos que carecen de permiso para residir legalmente en el país, y causales que afectan a residentes. La permanencia transitoria es el permiso otorgado por el Servicio Nacional de Migraciones a los extranjeros que ingresan al país sin intenciones de establecerse en él, que los autoriza a permanecer en el territorio nacional por un periodo limitado. Así lo dispone el artículo 47 de la norma, que señala también que todo extranjero que ingrese al país en calidad de titular de permanencia transitoria deberá acreditar los medios lícitos de subsistencia que permitan su permanencia en el país. Dichos titulares pueden permanecer en el país hasta por 90 días, plazo que podrá ser limitado por las razones de orden público que indique la Subsecretaría del Interior.

---

<sup>44</sup> Art. 126. Ley N° 21.325 .

<sup>45</sup> Ibid.

Por otro lado, los residentes son aquellos extranjeros beneficiarios de un permiso de residencia temporal, oficial o definitiva. Se establecen causales diferenciadas en el sentido de que aquellos que tienen la calidad de residentes, tienen la intención de hacer su vida en Chile, y llevan un proceso más largo para tener dicha calidad, por lo mismo, las causales son más acotadas. Para aquellos que tienen la permanencia transitoria o que simplemente no tienen permiso para residir en el país de forma legal, se establecen causales más amplias y deberían ser cuantitativamente a los que más alcance la sanción de expulsión.

Además prohíbe las expulsiones colectivas, impidiendo por ejemplo la expulsión de un grupo familiar en su totalidad.

Otro punto importante es que la ley establece consideraciones que deben tenerse antes de tomar la decisión de expulsar a un nacional de otro país, la que consagra en el artículo 129: “Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

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.
8. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional”<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Art. 129. Ley N° 21.325 .

Refiriéndose a propiamente tal la medida, es importante destacar que la ley señala la forma de disponer la medida será a través de una resolución fundada del Director nacional del servicio de extranjería el cual tendrá a su cargo el procedimiento.

Para la ejecución de la medida la ley en su artículo 134 establece que: “Una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión, se podrá someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad. Esta medida sólo podrá practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la Policía, habilitadas especialmente al efecto, separados entre hombres y mujeres e independientes de las instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales y dando cumplimiento a los estándares de salud, higiene y habitabilidad que establecerá el reglamento. En ningún caso se aplicará esta medida a niños, niñas o adolescentes.

Los extranjeros privados de libertad conforme al inciso anterior tendrán derecho a:

1. Contactar a familiares, representantes legales, abogados y habilitados en derecho y recibir visitas de los mismos, garantizándose la privacidad de sus comunicaciones y otorgándole las facilidades correspondientes para contactarse telefónicamente con ellos.
2. Ser informado dentro de las primeras dos horas del inicio de la medida y por escrito de los derechos y obligaciones que le asisten de conformidad a la ley, la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, lo que se dispondrá según lo ordene el reglamento, debiendo en todo caso mantener a la vista de los afectados un listado actualizado de los datos de contacto de la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente.
3. Recibir tratamiento médico y farmacológico cuando sea necesario, incluyendo en casos graves y justificados el traslado a centros de salud, interrumpiéndose en tal caso el plazo para ejecutar la expulsión, el que se reiniciará a partir de que el afectado sea dado de alta médica.
4. Comunicarse con su representante consular.
5. Solicitar un intérprete, si no habla o entiende el castellano.
6. Recibir por escrito copia de toda la información que corresponda entregarle en su calidad de privado de libertad, conforme al artículo 5.

En todo caso, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”<sup>47</sup>

Con esto, la legislación recoge alguna de las quejas que se le hacían por ejemplo con el número 5, consagra el derecho del extranjero de poder solicitar un intérprete en caso que le sea posible comunicarse en idioma español siendo un gran avance en esta materia respecto de lo que establece el Decreto Ley N° 1.094, es el artículo 134 de la normativa en comento ya que establece un catálogo de derechos de los afectados por una medida de expulsión que han sido privados de libertad con el objetivo de ejecutar la orden decretada.

Esto es un gran avance en la legislación en esta materia por cuanto el Decreto Ley N° 1.094 se limitaba a establecer causales de expulsión y el procedimiento para su ejecución, dejando de lado los derechos de la persona que era afectada por la medida y vulnerando en varios aspectos la garantía constitucional del debido proceso. Esta ley viene a subsanar dichos vacíos o impropiedades en que incurre la normativa anterior y destaca derechos básicos del extranjero como por ejemplo, comunicarse con su consulado y con un abogado para preparar una defensa adecuada.

Otra diferencia sustancial que encontramos es que el afectado por una medida de expulsión podrá reclamar por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante dentro del plazo de 10 días corridos contados desde la notificación de la resolución respectiva. En la normativa anterior, dicho recurso solo se podía interponer ante la Corte Suprema (en la Región Metropolitana) de forma personal y en el plazo de 24 horas desde la notificación, lo que acotaba mucho las posibilidades de defensa y reclamación de la persona afectada, que generalmente no tenía la posibilidad de interponer recurso alguno.

Finalmente es preciso mencionar, que la ley entrará en vigencia una vez publicado su reglamento.

---

<sup>47</sup> Art.134. Ley N° 21.325

## VII. Estadísticas de expulsiones administrativas y penales en Chile

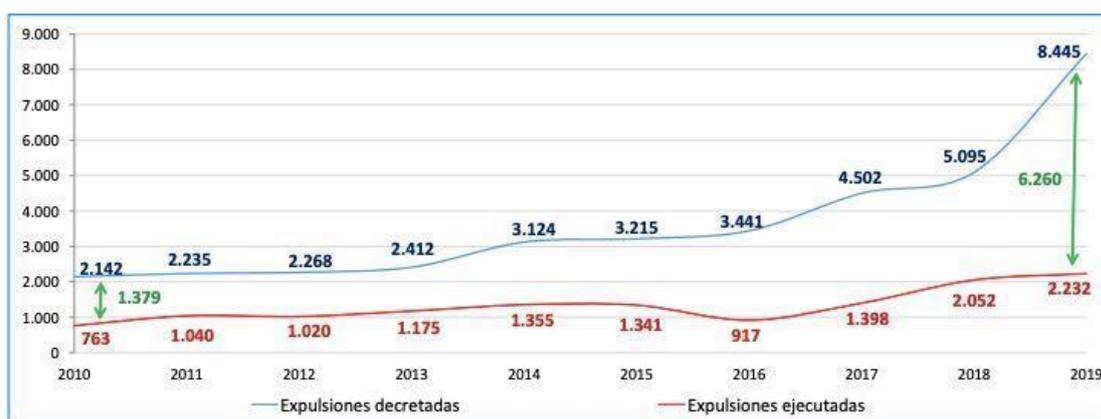
**Tabla N° 1.** Expulsiones por tipo y año:

Año	Judiciales	Administrativas	Total
2015	929	412	1.341
2016	599	318	917
2017	978	420	1.398
2018	302	1750	2.052
2019	576	1656	2.232

48

La tabla N° 1 nos muestra la relación entre las expulsiones administrativas y penales, dando cuenta del aumento sostenido que han tenido las de carácter administrativo, que son las que en el marco de esta memoria, vulnerarían más derechos fundamentales de los extranjeros como ya se ha evidenciado.

**Gráfico N° 1.** Progresión de expulsiones decretadas y ejecutadas 2010-2019



49

Ahora bien, existe una diferencia sustancial entre las expulsiones decretadas, ya sea en virtud de una resolución administrativa o judicial, y las expulsiones ejecutadas. Las primeras dependen de la capacidad que tenga el sistema judicial y de seguridad

<sup>48</sup> Observatorio de Políticas Migratorias (2020): “Expulsados y expulsables: Precarización selectiva de la política de frontera. Boletín N°4”. Disponible en: <https://anillosmigraciones.cl/wp-content/uploads/2020/12/Bolet%C3%ADn-n%C3%BAmero-4.pdf>

<sup>49</sup> Ibid.

pública para procesar faltas o delitos que según la normativa vigente ameriten una expulsión. Las segundas en cambio, dependen de los recursos con los que cuente el sistema de seguridad pública para procesar dichas expulsiones. Así lo muestra el gráfico N°1, en el que la brecha ha aumentado considerablemente en el rango analizado entre 2010 y 2019.

**Gráfico N° 2.** Expulsiones administrativas por año:



Por último, presentamos el gráfico N° 2 que pone en evidencia dos puntos importantes. En primer lugar, se observa un crecimiento significativo y mantenido en el volumen de decretos administrativos de expulsión. En segundo lugar, un aumento de la diferencia entre la cantidad de expulsiones administrativas decretadas y ejecutadas. Así, como señala el Boletín N° 4 del Observatorio de Políticas Migratorias, “Si en 2015 se ejecutó el 42,6% de las expulsiones administrativas decretadas, el 2016 el 23,6% y el 2017 el 33,1%, en 2018 y 2019 esta proporción baja al 9,1% y al 8,8% respectivamente. Ello ocurre a la par de un incremento de los decretos

<sup>50</sup> Observatorio de Políticas Migratorias (2020): “Expulsados y expulsables: Precarización selectiva de la política de frontera. Boletín N°4”. Disponible en: <https://anillosmigraciones.cl/wp-content/uploads/2020/12/Bolet%C3%ADn-n%C3%BAmero-4.pdf>

administrativos de expulsión que entre 2017 y 2019 se aumentaron en un 22,7%, pasando de 2.951 a 6.702.”<sup>51</sup>

#### **Capítulo IV. Análisis de jurisprudencial**

Como se colige del título de este apartado, para el análisis sólo se utilizarán sentencias dictadas por el máximo tribunal de nuestro país, las cuales fueron tomadas por medio de buscadores especializados como Vlex, MicroJuris y Westlaw Chile. En este sentido, vamos a analizar las sentencias en virtud de los siguientes criterios: (1) acciones interpuestas en contra de resoluciones que ordenan la expulsión de un extranjero por su ingreso clandestino al país; (2) acciones interpuestas en contra de resoluciones que deniegan dar curso a la solicitud de reconocimiento de la calidad de refugiado por existir una orden de expulsión vigente en contra del solicitante, y (3) acciones en contra de resoluciones que ordenan la expulsión de un extranjero del país por haber cometido un simple delito o crimen durante su residencia en Chile.

Así, analizaremos lo que han planteado las salas de la Corte (segunda y tercera) respecto de la expulsión de extranjeros del país, analizando un fallo en particular y agregando fundamentos de otros en comento. Ello con el fin de entender, y guiar a futuros litigantes en su argumentación, el criterio de la Corte en estos casos, qué es lo que más ha dicho, qué argumentos utiliza para acoger el recurso y cuáles utiliza para rechazarlo.

##### **I. Jurisprudencia recursos de apelación en contra de resoluciones de Cortes de Apelaciones que rechazan recursos de amparo en contra de órdenes de expulsión por ingreso clandestino. Segunda Sala Penal Corte Suprema:**

---

<sup>51</sup> Observatorio de Políticas Migratorias (2020): “Expulsados y expulsables: Precarización selectiva de la política de frontera. Boletín N°4”. Disponible en: <https://anillosmigraciones.cl/wp-content/uploads/2020/12/Bolet%C3%ADn-número-4.pdf>

### **SCS Rol N° 42.770-2021, de 05 de agosto de 2021**

Ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso comparece doña María Angélica Rondón Márquez, de nacionalidad venezolana, deduciendo acción de amparo en su favor y en contra de la Intendencia Regional de Valparaíso, la que mediante Resolución Exenta N° 1903, de fecha 31 de mayo de 2021, decretó su expulsión del territorio nacional, por haberse vulnerado su derecho a la libertad personal, solicitando se deje sin efecto la misma.

Argumentos de la recurrente: El 05 de febrero de 2021 hizo ingreso al país por paso no habilitado, trasladándose posteriormente a la región de Valparaíso, estableciéndose en la comuna de Los Andes, lugar en el cual procedió a autodenunciarse el 08 de marzo de 2021 ante la Policía de Investigaciones, lugar en el que se le informó que debía concurrir mensualmente a firmar como medida de control.

Doña María Rondón decidió emigrar de su país en búsqueda de mejores oportunidades para su familia, y también poder ayudar económicamente a parte de su grupo familiar que sigue en Venezuela, país que se ve afectado por una crisis económica y de violencia hace ya un par de años.

Señala que la resolución de expulsión constituye un acto ilegal y arbitrario que amenaza y perturba gravemente el ejercicio de derecho a la libertad ambulatoria protegido constitucionalmente, ya que la autoridad no sometió su caso a una investigación previa o a un proceso previo legalmente tramitado como el que se exige para el procesamiento de personas imputadas por delitos, lo que permite además calificar el actuar de la Administración de inconstitucional, careciendo el acto administrativo que ordena su expulsión de una debida fundamentación fáctica, de acuerdo a los estándares establecidos en los artículos 11 inciso 2º y 41 inciso 4º de la Ley N° 19.880, sino que se sustenta en una mera afirmación de autoridad, lo que convierte al acto de expulsión en arbitrario.

Argumentos de la recurrida: Informa la Intendencia de la Región de Valparaíso que la expulsión decretada se funda en el informe policial N° 269 de fecha 11 de marzo de 2021 de la Policía de Investigaciones de Chile, Prefectura de Los Andes, que en lo

sustantivo indica que la recurrente ingresó al país de forma clandestina, evadiendo todo tipo de control migratorio. En dicho contexto, se realizó la denuncia en la Fiscalía Local de Valparaíso, por infracción a la Ley de Extranjería y su reglamento, desistiéndose posteriormente de aquella, cumpliendo así con el procedimiento establecido en los artículos 78 y 158 de la Ley de Extranjería y su reglamento.

Concluye que, por lo anterior, la expulsión del territorio nacional se ajusta a derecho, no habiendo motivo plausible para dejar sin efecto la medida de expulsión, procediendo la autoridad regional conforme a las normas que lo facultan para ello, y dentro del ámbito de sus competencias.

**La Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 24 de junio de 2021 rechaza el recurso de amparo de marras, teniendo en consideración los siguientes argumentos:**

1. El artículo 15 N°7 de la LE, que establece normas sobre extranjeros en Chile, señala que: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 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”. Agrega el artículo 17 del mismo cuerpo legal, que señala: “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”.
2. Que, en consecuencia, en el presente caso, la autoridad administrativa ha obrado dentro del límite de sus atribuciones, con estricto apego a las normas ya citadas de la LE, por lo que el acto reclamado se encuentra debidamente fundado.
3. El hecho de haberse desistido de la acción penal no constituye un obstáculo para ejercer las atribuciones administrativas que el mencionado Decreto Ley establece, toda vez que el único efecto procesal de aquello es que se extingue la acción penal y por consiguiente no procede continuar con la persecución criminal.

4. Además, corresponde tener presente que según consta de los antecedentes, la propia recurrente ha reconocido el ingreso clandestino a nuestro país, motivo por el cual, no se vislumbra privación, perturbación o amenaza a su seguridad individual, derivada de algún acto ilegal o arbitrario de la recurrida.
5. Y, por último, en este caso no se observan ni se acreditan circunstancias objetivas que demuestren el arraigo efectivo de la recurrente al país. Tampoco existen antecedentes que permitan aplicar en la especie el principio de la reunificación familiar en materia de migraciones, por lo que la decisión impugnada tampoco parece desproporcionada ni arbitraria.

Esta resolución fue acordada con el voto en contra de la Ministra María Rosario Lavín, quien estuvo por acoger la presente acción cautelar en virtud de los siguientes fundamentos:

- Que el artículo 69 de la LE dispone que los extranjeros que ingresen al país clandestinamente serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo y que cumplida ésta, serán expulsados del país, por lo que resulta necesario, para decretar la expulsión de aquellos que han ingresado clandestinamente al territorio nacional, que sean condenados por sentencia ejecutoriada y que hayan cumplido la pena que les fue impuesta, cuyo no es el caso de autos.
- Que, en efecto, de lo informado por la Intendencia Regional de Valparaíso, aparece que esta autoridad denunció estos hechos ante el Ministerio Público y, luego, se desistió de la misma, por lo que en la especie no se cumple con el presupuesto normativo del artículo 69 de la LE y, en consecuencia, la expulsión de la amparada deviene en improcedente.
- El dictamen de expulsión fundado en la comisión del ilícito penal de ingreso clandestino, se respalda únicamente en la noticia entregada en un parte policial sobre ese hecho, denuncia de la que, además, la autoridad pertinente se habría desistido, por lo que no existe al efecto una sentencia judicial que establezca la existencia del hecho punible y la participación de la amparada en el mismo, conforme a un proceso penal legamente tramitado.

Ante el rechazo de la acción constitucional en el tribunal a quo, la recurrente presenta recurso de apelación ante la Corte Suprema, para que revoque la sentencia apelada y deje sin efecto la resolución que ordena su expulsión del territorio nacional.

**En este caso, la Segunda sala penal de la Corte Suprema, revoca la sentencia apelada y acoge el recurso de amparo interpuesto a favor de María Angélica Rondón Márquez, dejando sin efecto la Resolución Exenta N° 1903 de fecha 31 de marzo de 2021, en consideración de los siguientes argumentos:**

1. Que, habiéndose comunicado la decisión de no perseverar respecto a los hechos denunciados, no concluyeron por una sentencia condenatoria que estableciera su efectiva ocurrencia, no obstante que el artículo 69 de la LE invocado como fundamento legal de la resolución recurrida, impone la medida de expulsión para los extranjeros que ingresen clandestinamente o por lugares no habilitados al país, una vez cumplida la pena que la misma norma establece.
2. Así las cosas, la expulsión de la amparada del país, fundada en el hecho de haber eludido el control migratorio, requiere de una carga argumentativa superior a la meramente formal, como la expuesta en la decisión atacada, que se funda únicamente en las disposiciones legales y reglamentarias que cita, así como en la circunstancia no controvertida del ingreso de la amparada al territorio nacional por un paso no habilitado.
3. La Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de abril de 2021, se encuentra con vigencia diferida, toda vez que comenzará a regir una vez publicado su Reglamento. No obstante lo anterior, su artículo octavo transitorio faculta a la Autoridad Administrativa para disponer el egreso del territorio nacional de aquellos extranjeros que hubieren ingresado al país por pasos no habilitados. Tales extranjeros, de forma posterior a su egreso, podrán ingresar al país o solicitar residencia temporal, según corresponda.

De ello se sigue que la nueva Ley de Migraciones, no obstante despenalizar la migración irregular, mantiene a salvo, a través de sus disposiciones transitorias, la facultad conferida por el legislador a la Administración para disponer la expulsión de un ciudadano extranjero que ha ingresado irregularmente a territorio nacional, otorgándole un plazo de 180 días para ello, contados desde la publicación del citado cuerpo normativo.

4. Que, entonces, la decisión de expulsar a un ciudadano extranjero , en cuanto implica la dictación de un acto administrativo terminal, debe necesariamente ser antecedida de un contencioso administrativo que se subordine a los principios contemplados en el artículo 4 de la Ley N° 19.880, entre ellos, los de escrituración, transparencia, contradictoriedad e imparcialidad, además de cumplir con las exigencias de fundamentación que le impone el artículo 11 inciso segundo del mismo cuerpo normativo.
5. Reiterando la necesidad de que una resolución de expulsión satisfaga estos criterios, esta Corte ha sostenido, en casos análogos: “Que en ese orden de ideas, en el presente caso la decisión ministerial revisada, sin perjuicio de lo expuesto en el motivo 3º) ut supra, no satisface tampoco las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria, al desatender completamente las circunstancias personales y familiares del amparado” (SCS Rol N° 6649-2013, de 9 de septiembre de 2013 y Rol N° 30176-2020, de 18 de marzo de 2020).
6. Que en el caso de marras, aparece de manifiesto que la decisión de la Administración se adoptó luego de un procedimiento contencioso administrativo insuficiente, por cuanto la parte recurrente no fue oída ni pudo presentar las pruebas que estimare del caso, lo que torna en ilegal tal pronunciamiento en cuando carece de la debida fundamentación, no pudiendo desprenderse de ella criterio alguno de proporcionalidad y razonabilidad, motivo por el cual la presente acción constitucional deberá ser acogida, al afectar la libertad ambulatoria de la persona en cuyo favor se acciona, sujeta a la medida de expulsión del territorio nacional.
7. Además, debe tenerse en consideración la pandemia generada por el virus SARS-CoV-2, enfermedad que amenaza la vida y salud individual de la población mundial, sumado a ello, las persecuciones políticas y dificultades económicas más las carencias sanitarias que padecen en sus países de origen quienes ingresan irregularmente a Chile, las que son de público conocimiento y que incluso han llevado a naciones, a autorizar, recientemente, visas temporarias a cientos de ciudadanos extranjeros que han acudido hasta sus respectivas fronteras, de modo tal que de mantenerse el decreto de expulsión de un ciudadano extranjero bajo tales circunstancias, implicaría

necesariamente una afectación a la integridad física, psíquica y seguridad personal de los mismos.

8. En este sentido, la Declaración de Cartagena de 1984, recoge las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de DDHH, precisando un concepto de refugiado al incluir en él a las personas que han huido de sus países porque, su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los DDH u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. Por consiguiente, resultan aplicables a la especie, como principios propios del Derecho Humanitario Internacional, el de Defensa, Revisión de la Medida y Decisión Judicial Previa, de la No Devolución y No Rechazo en Frontera, haya sido o no reconocida la condición de refugiados, hayan ingresado o no regularmente al territorio nacional.
9. Tal ámbito del Derecho Internacional ha sido recogido por la Ley N° 20.340, sobre Protección de Refugiados y su respectivo reglamento. Por ello, carece de importancia de hecho y jurídica si el ingreso al territorio nacional se ha efectuado por las personas amparadas de forma regular o irregular, razonando y teniendo en cuenta que la salida del país del origen o del lugar en que tenían residencia ha sido urgente y precaria y a veces el extranjero debió ingresar al país necesariamente en forma irregular.

En este mismo sentido, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, ha dictado distintos fallos en base a los mismos argumentos, revocando la sentencia apelada y acogiendo el recurso de amparo interpuesto. A saber: SCS Rol N° 11.164-2020, de 13 de febrero de 2020; Rol N° 17.127-2016, de 15 de marzo de 2016; Rol N° 5.281-2021, de 22 de enero de 2021; Rol N° 30.396-2021, de fecha 03 de mayo de 2021; Rol N° 41.469-2017, de 24 de octubre de 2017.

#### **SCS Rol N° 97.799-2016, de 13 de diciembre de 2016**

Contrario al criterio que se aprecia en los casos anteriores, aquí la Corte Suprema confirmó la sentencia que rechaza el recurso de amparo interpuesto en favor de Adriana Jiménez Amaud, dejando vigente la orden de expulsión decretada en su contra por su ingreso clandestino o irregular al territorio nacional. Así, hace suyos los

argumentos que entrega la Corte de Apelaciones de Arica para rechazar la pretensión de la recurrente:

1. Conforme a lo previsto en los artículos 69 y 84 del Decreto Ley 1.094, de 1975 y, 1 letra b) del Decreto Supremo N° 818, de 1983, y artículo 146 del Reglamento del primer cuerpo legal citado, al haber ingresado clandestinamente al país la amparada, la Intendente Regional de Arica y Parinacota estaba facultada para decretar su expulsión, medida que se encuentra vigente.
2. La situación laboral invocada, no es un elemento que pueda importar una entidad tal, que sea capaz de tornar en ilegal la decisión adoptada, en tanto no acreditó la real y efectiva existencia de un arraigo social que permita soslayar con ligereza el cumplimiento de los deberes legales que pesan sobre la migrante, quien claramente ha quebrantado el régimen legal vigente en Chile, materializada, además, en el hecho que sujeto a la medida de control semanal en la ciudad de Arica, en forma constante incumplió la misma dada su residencia en la ciudad de Santiago.
3. En consecuencia, existiendo un decreto vigente dictado por la autoridad competente, dentro del ámbito de sus atribuciones y que encuentra fundamento legal en el artículo 7 de la LE, por lo que la medida se ajusta plenamente a las normas legales que rigen la materia, solo corresponde a esta Corte desestimar el presente recurso de amparo.

La tendencia de esta sala de la Corte Suprema es de acoger las apelaciones en contra de resoluciones que rechazan recursos de amparo que pretenden dejar sin efecto órdenes de expulsión en contra de extranjeros por la causal de ingreso irregular o clandestino.

**II. Jurisprudencia recursos de apelación en contra de resoluciones de Cortes de Apelaciones que rechazan recursos de protección en contra de las autoridades administrativas correspondientes por no otorgar soluciones frente a solicitudes de reconocimiento de la calidad de refugiado por existir órdenes de expulsión vigentes en contra de los solicitantes. Tercera Sala Constitucional Corte Suprema:**

**SCS Rol N° 13.1056-2020, de 15 de marzo de 2021**

Los recurrentes (Adriana Ordoñez Dieguez y Aldo Suárez Robaina), ambos de nacionalidad cubana, apelan la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 01 de octubre de 2020, que rechazó a su respecto el recurso de protección interpuesto en contra del Departamento de Migración y Extranjería por la negativa a la recepción de la solicitud de refugio con sus respectivos antecedentes y el envío de los mismos a la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.

Se tienen por establecidos los siguientes hechos:

- a) Mediante Informe Policial N° 202 de 31 de octubre de 2018, la recurrente Adriana Ordoñez fue denunciada por la PDI a la Intendencia Regional del Maule por haber ingresado al territorio nacional en forma clandestina, decretándose su expulsión del país por Resolución N° 155 de 21 de febrero de 2019; acto administrativo en contra del cual la actora no interpuso recurso administrativo o jurisdiccional.
- b) Mediante Informe Policial N° 5254 de 5 de noviembre de 2018, el recurrente Aldo Suárez fue denunciado por la PDI a la Intendencia Regional Metropolitana por haber ingresado al territorio nacional en forma clandestina e indocumentada, decretándose su expulsión del país por Resolución N° 80 de 13 de enero de 2020; acto administrativo en contra del cual el actor no interpuso recurso administrativo o jurisdiccional.
- c) Que esta Corte tiene por establecido que doña Adriana Ordoñez Dieguez y don Aldo Suárez Robaina, presentaron solicitudes de refugio ante el recurrido, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.430 y

su Reglamento, con el mérito de la documentación acompañada por ellos, apreciada conforme con las reglas de la sana crítica.

Alega el recurrido que no es procedente la solicitud de reconocimiento de la calidad de refugiado a un extranjero que mantenga una orden de expulsión vigente. Así, señala el artículo 32 inciso final primera parte del Reglamento de la Ley N° 20.430 (sobre refugiados) que: “Los extranjeros afectados por una medida de prohibición de ingreso, expulsión vigente o que se encuentren obligados a abandonar el país, sólo podrán formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado siempre que dichas medidas hayan sido previamente suspendidas o dejadas sin efecto.”

Para resolver el asunto es menester considerar que, a nivel internacional, Chile ha ratificado y se encuentra vigente la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (julio de 1951), que se aplica, entre otros casos, a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país” (artículo 1° letra a N° 2). Además, en su artículo 33 N° 1 prescribe que: “Ningún Estado Contratante, podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”.

Ahondando en el derecho interno, el artículo 4 inciso 1° de la Ley N° 20.430 establece que el principio de la no devolución, señalando que: “No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren”. A su vez, el inciso primero del artículo 5 del mismo cuerpo normativo agrega: “La expulsión de un solicitante de la condición de refugiado que se halle en el territorio nacional, no podrá disponerse sino de manera excepcional, cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen.” Por último, en el mismo sentido, el inciso final parte final del artículo 32 del Reglamento de la Ley N° 20.430 señala que “en todo caso, se garantizará el Principio de No

Devolución al extranjero que no obstante encontrarse afecto por la señaladas medidas manifieste la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, mientras se resuelve al respecto”.

Así las cosas, el tema a resolver por la Corte es si la existencia de órdenes de expulsión vigentes, decretadas por la autoridad competente con anterioridad a la solicitud de refugio, constituye o no un impedimento para solicitar refugio conforme a la Convención de Ginebra, a la Ley N° 20.430 y su Reglamento.

Desde una primera aproximación al problema la respuesta debiera ser negativa, teniendo en especial consideración al ya citado artículo 32 del Reglamento de la Ley N° 20.430. Sin embargo, si hacemos una mirada general de la normativa tanto nacional como internacional, el Principio de No Devolución se establece en términos de una prohibición para el Estado de expulsar o disponer cualquier medida que tenga por resultado la devolución del extranjero a su país de origen o a otro cualquiera, siempre que se hubiere solicitado la condición de refugiado, cosa que sucede en este caso.

Esta interpretación ha sido la que ha sostenido la CIDH, por ejemplo, en el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”. Así, por sentencia del 25 de noviembre de 2013, la Corte señaló que la detención de una persona en situación migratoria irregular nunca debe ser con fines punitivos, además de que el Estado debe analizar cada caso y considerar medidas menos restrictivas. En cuanto al punto específico de la solicitud de refugio, la Corte privilegió el derecho de buscar y recibir asilo, así como el principio de no devolución, los cuales no fueron respetados por el Estado de Bolivia al rechazarse la solicitud de refugio sin un adecuado análisis. La Corte incluso va más allá, haciendo extensivo el principio de no devolución a personas que no son solicitantes de asilo o refugio cuando “su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentra”<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Serie C N° 272, 26 de enero de 2015.

La Corte razona, acogiendo el recurso de apelación, revocando lo apelado, y señala que aun cuando las órdenes de expulsión de los recurrentes sean anteriores a las respectivas solicitudes de refugio y se encuentran vigentes, se debe preferir la aplicación de las disposiciones de rango constitucional (CPR y Tratados Internacionales), que propenden a la no devolución de los ciudadanos extranjeros que han solicitado refugio conforme al ordenamiento jurídico.

En otros fallos en el mismo sentido, la Corte ha señalado que la clave para interpretar el artículo 32 del Reglamento de la Ley N° 20.430 está en su frase final, que dispone que se respetará el principio de no devolución, “mientras se resuelve al respecto”. Esto solo puede tener una lectura, que se vincula con la facultad de suspender la orden de expulsión, permitiendo la formalización de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, hasta que ésta sea resuelta.

Al mismo respecto, otros fallos de la Corte han establecido que “todo extranjero tiene el derecho a requerir al Estado de Chile el reconocimiento de la calidad de refugiado, poniendo a su disposición un procedimiento administrativo reglado que se inicia con la “manifestación de la intención” de obtener refugio y continúa con la “formalización de la solicitud” mediante la entrega de un formulario escrito, procedimiento al que puede acceder todo aquel que lo requiera, sea que haya ingresado al país de manera regular o irregular.

Que, entre el momento de la “manifestación de la intención” y la “formalización de la solicitud” la legislación ha establecido una serie de derechos en favor del extranjero solicitante, consistentes fundamentalmente en la garantía de no devolución a su país de origen y la no sanción por su ingreso irregular, pero no habilita a la Administración para calificar, en aquel momento, el mérito de la pretensión, ni para alterar el procedimiento sustituyendo la formalización mediante formulario escrito por una audiencia a ser agendada a través de un sistema de citaciones”.<sup>53</sup>

Así las cosas, queda de manifiesto que el criterio de la Corte tiende a no considerar como argumento suficiente por parte de la Administración para denegar la tramitación

---

<sup>53</sup> Corte suprema, Rol N° 14020-2019, 5 de agosto de 2019.

de la solicitud de reconocimiento de la calidad de refugiado, el hecho de que el solicitante tenga una orden de expulsión pendiente de ejecución, y ordena en la mayoría de los casos a dar tramitación a la solicitud respectiva y a suspender la ejecución de la orden mientras se tramita dicha solicitud. Esto concuerda con principios internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en virtud del artículo 5 inciso 2º de la CPR, como el de no devolución de extranjeros.

Véase también: SCS Rol N° 19536-2019, de 29 de octubre de 2019; Rol N° 14020-2019, de 05 de agosto de 2019; Rol N° 131738-2020, de 20 de julio de 2021; Rol N° 69492-2021, de 20 de septiembre de 2021; Rol N° 31346-2018, de 23 de enero de 2019; Rol N° 27823-2019, de 26 de febrero de 2020; Rol N° 23045-2019, de 21 de octubre de 2019; Rol N° 23261-2019 de 29 de octubre de 2019.

**III. Jurisprudencia recursos de apelación y reclamos en contra de resoluciones que ordenan la expulsión de un extranjero del país por tener antecedentes penales. Segunda Sala Corte Suprema:**

**SCS Rol N° 21.291-2020, de 03 de marzo de 2020**

El amparado don Christian Martín Castellini, de nacionalidad argentina, fue condenado por el 7º Juzgado de Garantía de Santiago a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes contemplado en el artículo 3 de la Ley N° 20.000, que se encuentra cumplida mediante el régimen de libertad vigilada, con fecha 04 de agosto de 2015, sin que registre desde esa época anotación alguna en su extracto de filiación.

Es por ello, y en virtud del Decreto N° 648 de fecha 03 de agosto de 2011, emitido por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública que se ampara en el artículo 17 de la LE, se dictamina la expulsión del amparado, fundándose en el artículo mencionado que permite expulsar a 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 1º, 2º y 4º del artículo indicado. A su vez, el citado artículo en su numeral dos establece que se prohíbe el ingreso al país de los que: “se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas (...)”<sup>54</sup>.

Se tiene por acreditado que el día 12 de noviembre de 2013, el amparado contrajo matrimonio con Johana Gargiullo Neira y que con fecha 15 de marzo nace, en la ciudad de Santiago, el hijo de ambos, Santino Castellini Gargiullo.

El acto administrativo es una manifestación escrita de una decisión adoptada por la Administración del Estado, decisión que tiene un objetivo determinado y que por ende sus efectos tienen sentido en un tiempo y ámbito determinado. Ello importa reconocer que pueden ocurrir circunstancias de hecho y/o derecho, posteriores a la dictación del acto, que sin afectar la validez del mismo, si tiene consecuencia en los efectos del mismo, lo que se traduce en que desde un punto de vista formal el acto existe, continúa vigente, pero es estéril; y ello es con independencia de la voluntad de la Administración.

En la especie, la decisión de expulsión, adoptada el año 2011, se tomó en el contexto de la participación que le cupo en la comisión de un ilícito penal, cuya pena ya cumplió. Con posterioridad a la comisión del ilícito el amparado ha desarrollado una actividad económica, de lo que da cuenta la sociedad comercial en la que participa y además, contrajo matrimonio con una chilena y tuvo un hijo con ella.

Estas nuevas circunstancias son las que hacen que el acto administrativo dictado el año 2011 pierda oportunidad y en consecuencia sus efectos son estériles, dado que en la actualidad resultan carentes de proporcionalidad y razonabilidad, lo que torna en ilegal y arbitraria la actual ejecución de la medida de expulsión.

Es por estos argumentos que se acoge el recurso de amparo deducido, revocando la sentencia apelada de fecha 14 de septiembre de 2017 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y, en consecuencia, se deja sin efecto el Decreto Supremo que disponía la expulsión del país del amparado.

---

<sup>54</sup> Art.17 N°2. DL N° 1.094 de 1975.

En el mismo sentido, la sentencia de la misma Corte, Rol N° 37.229-2017 de fecha 22 de agosto de 2017, refiere que es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.

Así las cosas, la conducta ilícita en que se funda la expulsión data del 22 de julio de 2011, sin haberse reclamado que durante su estadía en el país haya participado el amparado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeto a una investigación penal. De esta manera, el delito cometido no encaja en la situación que detalla el artículo 15 N° 2 de la LE, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el rechazo del ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada, y cuya pena ya fue cumplida.

Por último, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares del amparado, quien tiene una hija menor de edad nacida en Chile, de manera que de ejecutarse la medida trasgrede el interés superior de la niña, perturbando su identidad familiar y nacional.

En este sentido la Corte Suprema ha tenido opiniones divididas, en varias oportunidades ha optado por hacer prevalecer las circunstancias personales y familiares de los recurrentes sobre todo teniendo en consideración si el delito ha sido un hecho aislado en la vida del extranjero o no. Sin embargo, en otras oportunidades ha optado por rechazar recursos de amparo o de reclamación en contra de resoluciones que ordenan la expulsión de un extranjero, por cuanto considera que su permanencia en Chile no brinda utilidad alguna al país y además podría atentar en contra de la seguridad nacional, el orden público y las buenas costumbres. En este sentido analizaremos el fallo a continuación.

### **SCS Rol N° 4.077-2021, de 18 de enero de 2021**

Fernelly Riovalles Carabali, de nacionalidad colombiana, deduce reclamación en contra de la medida de expulsión dispuesta en el Decreto Exento N° 851 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de fecha 06 de mayo de 2019. Argumenta que se encuentra viviendo en Chile junto a su pareja e hijo chileno nacido en marzo de 2016, que actualmente se encuentra trabajando en una empresa constructora y lleva más de 10 años en Chile.

A su vez, el abogado del Departamento de Extranjería y Migración (recurrido) informa que de acuerdo al informe policial del 12 de mayo de 2016, se denunció al recurrente como autor del delito de tráfico ilícito de drogas, delito por el que fue condenado por el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales.

El recurrido señala que el recurrente fue citado para aclarar sus antecedentes judiciales y vínculos familiares con el fin de regularizar su situación en agosto de 2018, y que al no concurrir en momento alguno a ello, se dispuso su expulsión del territorio nacional en mayo de 2019.

Funda su argumentación, y la Corte su decisión, en el artículo 15 N° 2 de la LE que dispone que se prohíbe el ingreso al país de los extranjeros 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”<sup>55</sup>; por su parte el artículo 17 del mismo cuerpo normativo prescribe que los extranjeros que durante su residencia incurran, entre otro, en los actos señalados en el numeral 2 del artículo 15, podrán ser expulsados del territorio nacional.

La Corte en la parte decisoria del fallo señala que rechaza el recurso de reclamación teniendo en consideración que resulta establecido que la resolución reclamada ha

---

<sup>55</sup> Art. 15 N°2. DL N° 1.094 de 1975.

sido dictada por autoridad competente, en uso de sus atribuciones y en base a un supuesto fáctico que la normativa vigente contempla como motivo de tal medida.

Esta decisión fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acoger la acción de reclamación en favor del ciudadano extranjero, argumentando principalmente que los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción sancionada, y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, son motivos suficientes para acoger la acción y revocar el dictamen reclamado.

En este sentido véase también: SCS Rol N° 94.797-2020, de 03 de septiembre de 2020; Rol N° 21.291-2020, de 03 de marzo de 2020; Rol N° 68.862-2016, de 03 de mayo de 2017.

## CONCLUSIONES

1. La migración es un fenómeno universal y que se instaló como un tema prioritario para los Estados desde hace algunos años, es un hecho que no se puede discutir. El avance de las comunicaciones y la tecnología, han propiciado que los ciudadanos se entiendan así mismo como entes globales, capaces de generar oportunidades y nuevas vidas en distintas naciones.
2. Entendiendo el fenómeno migratorio como global, es que el Estado chileno no ha quedado excluido de este proceso y como tal ha tenido que enfrentar la situación. El problema radica, en que como en casi todas las circunstancias reales que alcanzan al Derecho, éste siempre llega tarde, ya que los fenómenos sociales, lamentablemente, aún se desarrollan mucho más rápido, no pudiendo dar el Derecho una respuesta tan oportuna como sería necesario.
3. En este contexto, es que es indiscutible que la legislación chilena en torno al fenómeno migratorio, estuvo muchos años al debe con resolver las problemática concretas que se fueron sucediendo. En la nueva Ley N° 21.325 promulgada en abril de 2021, se guarda la esperanza de proyectar una modernización de los procesos migratorios, lo que estará pendiente hasta que se pueda conocer en términos concretos lo que establecerá su reglamento.
4. Lo que sí es un hecho, es que la sanción de expulsión seguirá vigente, como ya se puede apreciar en el texto de la ley, como máxima sanción en el marco del Derecho Migratorio y que sus causales no varían en lo sustancial. Es el procedimiento que involucra a la sanción de expulsión, lo que atañe a este trabajo, y en esa línea es que se está a la espera de dilucidar si el nuevo reglamento pondrá al procedimiento de expulsión, tal cual como lo conocemos hasta el día de hoy.
5. En lo que se refiere a lo medular del presente trabajo, resulta apropiado exponer la discusión de cómo el proceso de expulsión de un extranjero,

en nuestra legislación, resulta ser un proceso que involucra a la Administración del Estado y como tal se produce una colisión entre el debido proceso, los derechos fundamentales de los migrantes y la potestad que le entregó la ley a los entes administrativos a cargo, como la intendencia regional.

6. Los problemas de procedimiento de la sanción de expulsión son un hecho que no podemos negar, y ha llegado a judicializarse masivamente, llegando incluso a la última instancia, al máximo tribunal de nuestro país, a través de recursos de apelación en contra de resoluciones de Cortes de Apelaciones que rechazan acciones de amparo o de protección en contra del extranjero que se ve afectado por una orden de expulsión.
7. Así, hemos visto que la Corte Suprema, resolviendo los conflictos que se suscitan y se presentan a su conocimiento en la materia correspondiente, ha hecho prevalecer el contexto social y económico del país de origen del extranjero afectado, como también su situación familiar en especial si tiene hijos menores de edad, haciendo prevalecer por sobre todo el interés superior del niño a la hora de tomar una decisión al respecto.
8. Analizamos distintos criterios en virtud de los cuales la autoridad administrativa ha sustentado sus órdenes de expulsión, en primer lugar analizamos aquellas dictadas por la causal de ingreso clandestino al país, luego analizamos la suspensión de las órdenes de expulsión para extranjeros que soliciten se les reconozca su calidad de refugiados, y por último, aquellas órdenes de expulsión fundadas en que el afectado tiene antecedentes penales. De este estudio podemos concluir que la Corte, a pesar de no tener un criterio cien por ciento uniforme en ninguno de los casos, sí tiende, como habíamos señalado, a la protección de la persona y al fortalecimiento de la familia, en concordancia con el primer artículo de nuestra carta fundamental.
9. Queda mucho camino por recorrer para actualizar la legislación a la situación migratoria actual, pero sí cabe reconocer que se han hecho los esfuerzos para ello y es de esperar que el reglamento de la nueva ley de

migración esté a la altura de las necesidades de los extranjeros que buscan nuevas oportunidades y rumbos en nuestro país con la esperanza de surgir.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## Libros

- 1) ARELLANO ORTIZ, Pablo. *Jurisprudencia y Regulación sobre Derecho Migratorio Chileno*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2017.
- 2) DELLACASA ALDUNATE, Francisco José y HURTADO FERNÁNDEZ, José María. *Derecho Migratorio Chileno*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2017.
- 3) BERMÚDEZ SOTO, Jorge. *Derecho administrativo general*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2011.

## Revistas y artículos de revista y revistas electrónicas

- 1) DÍAZ GARCÍA, Luis Iván y Patricia URZÚA GACITÚA. Procedimientos Administrativos Disciplinarios en Chile. Una regulación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso. *Scielo* [en línea]. 20 de julio de 2017 [consultado el 18 de marzo de 2021]. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122018000200183&script=sci\\_arttext&tlng=n](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122018000200183&script=sci_arttext&tlng=n)
- 2) LAWSON, Delfina y Macarena RODRÍGUEZ. El Debido Proceso en los Procedimientos de Expulsión Administrativa de Inmigrantes: Situación actual y alternativas. *Centro de Derechos Humanos UDP* [en línea]. 2016 [consultado el 18 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/11/Lawson-y-Rodriguez-Debido-Proceso-en-Expulsion-Migrantes-Final.pdf>
- 3) THAYER, Luis Eduardo. Nueva ley de migraciones: por qué precariza el trabajo y la residencia de los migrantes y puede promover más ingresos clandestinos. *Ciper Chile* [en línea]. 27 de abril de 2021 [consultado el 6 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2021/04/27/nueva-ley-de-migraciones-por-que-precariza-el-trabajo-y-la-residencia-de-los-migrantes-y-puede-promover-mas-ingresos-clandestinos/>

- 4) ED.MICROJURIS.COM CHILE. Publicada nueva Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería. *aldiachile.microjuris.com* [en línea]. 21 de abril de 2021 [consultado el 7 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://aldiachile.microjuris.com/2021/04/21/39988/>
- 5) DIARIO CONSTITUCIONAL. CS confirma fallo y acoge recurso de amparo contra decreto de expulsión de venezolano por ingreso ilegal al país. *https://www.diarioconstitucional.cl/2021/05/07/cs-confirma-fallo-y-acoge-recurso-de-amparo-contra-decreto-de-expulsion-de-venezolano-por-ingreso-ilegal-al-pais/* [en línea]. 7 de mayo de 2021 [consultado el 7 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/05/07/cs-confirma-fallo-y-acoge-recurso-de-amparo-contra-decreto-de-expulsion-de-venezolano-por-ingreso-ilegal-al-pais/>
- 6) ESPONDA FERNÁNDEZ, Jaime. Derecho Migratorio. *Instituto Igualdad* [en línea]. 27 de enero de 2015 [consultado el 15 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://institutoigualdad.cl/2015/01/27/derecho-migratorio/>
- 7) CRUZ S, Juan Francisco. ¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria? *Serie Informe Justicia* [en línea]. 2018, (018), 14. ISSN 0718-4220 [consultado el 15 de octubre de 2021]. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/08/sij-18-como-aplica-la-corte-suprema-la-legislacion-migratoria-agosto2018.pdf>
- 8) DIARIO CONSTITUCIONAL. CS confirmó fallo que rechazó amparo en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que decretó la expulsión de ciudadano colombiano. *Diario Constitucional* [en línea]. 28 de enero de 2020 [consultado el 2 de noviembre de 2021]. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/01/28/cs-confirmando-fallo-que-rechazo-amparo-en-contra-del-ministerio-del-interior-y-seguridad-publica-que-decreto-la-expulsion-de-ciudadano-colombiano/>
- 9) MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. El principio ne bis in idem en el Derecho Penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* [en línea]. 2011, (15) [consultado el 18 de noviembre de 2021]. Disponible en: [http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MAÑALICH%20\\_10.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/doc/MAÑALICH%20_10.pdf)

## Tesis

- 1) GONZÁLEZ PLANZER, Joaquín. *El debido proceso en el procedimiento administrativo migratorio*. En: Repositorio Universidad de Chile [base de datos en línea]. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2018.
- 2) PALMA VALERO, Felipe Andrés. *La expulsión de extranjeros. Análisis jurisprudencial de las acciones de amparo conocidas por la segunda sala penal de la Corte Suprema (2015-2018)*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Finis Terrae, 2019.
- 3) AVENDAÑO URIBE, Jessica. *El debido proceso como derecho fundamental en la actividad administrativa*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2003.
- 4) BERNAL CARRASCO, Cristina Amanda. *Los límites jurídicos a la expulsión de los inmigrantes en Chile*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2018.
- 5) ARIAS MARTÍNEZ, Alexander Salvador. *La expulsión como pena sustitutiva en la Ley N° 18.216: naturaleza jurídica y análisis crítico de su aplicación*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2018.
- 6) OLIVEROS, Nicolás País. *El debido proceso y el derecho a recurrir en la expulsión de extranjeros, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2016.

## Normas

- 1) CHILE. Ministerio de Hacienda. Crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia. Decreto con Fuerza de Ley n.º 69 de 8 de mayo de 1953.
- 2) CHILE. Ministerio del Interior. *Ley de Extranjería*. Decreto Ley n.º 1.094 de 19 de julio de 1975.

- 3) CHILE. Ministerio de Justicia. Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Ley n.º 18.216 de 14 de mayo de 1983.
- 4) CHILE. Ministerio del Interior. Sobre protección de refugiados. Ley de 15 de abril de 2010.
- 5) CHILE. Presidente de la República. *Autoriza el texto de la Constitución Política de la República*. Decreto Supremo n.º 100 de 17 de septiembre de 2005.
- 6) CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. *Bases de Procedimientos Administrativos*. Ley n.º 18.880 de 29 de mayo de 2003.
- 7) CHILE. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. *Ley de Migración*. Ley n.º 21.325 de 20 de abril de 2021.
- 8) CHILE. Ministerio de Justicia. *Introduce modificaciones a la Ley n.º 18.216*. Ley n.º 20.603 de 27 de junio de 2012.
- 9) CHILE. Ministerio del Interior. *Reglamento de Extranjería*. Decreto Supremo n.º 597 de 24 de noviembre de 1984.
- 10) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Asamblea General de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, julio de 1951.
- 11) Convención Interamericana de Derechos Humanos. Pacto San José de Costa Rica, Costa Rica, noviembre de 1969.
- 12) Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas, Ginebra, Suiza, 1989.