



“La expulsión administrativa en la nueva Ley de Migración y Extranjería”

Tesina de pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

Xaviera Gandulfo Moraga.

Daniela Otárola Mendoza.

Profesor guía

Flavio Quezada Rodríguez.

Valparaíso, Chile.

Diciembre, 2021

Sobre la denominación de emigrantes.

Siempre me pareció falso el nombre que nos han dado:

emigrantes.

Pero emigración significa éxodo.

Y nosotros no hemos salido voluntariamente eligiendo otro país.

No inmigramos a otro país para en él establecernos, mejor si es para siempre.

Nosotros hemos huido.

Expulsados somos, desterrados.

Y no es hogar, es exilio el país que nos acoge.

Inquietos estamos, si podemos junto a las fronteras, esperando el día

de la vuelta, a cada recién llegado, febriles, preguntando, no

olvidando nada, a nada renunciando, no perdonando nada de lo que

ocurrió, no perdonando.

¡Ah, no nos engaña la quietud del Sund!

Llegan gritos hasta nuestros refugios.

Nosotros mismos casi somos como rumores de crímenes que pasaron la frontera(...).

Bertolt Brecht.

“Poemas y canciones”. Alianza Editorial.

ÍNDICE

Introducción.....	6
Capítulo I: Antecedentes socio-económicos e histórico-jurídicos de la migración en Chile.....	9
1. Sección primera: Promoción selectiva de inmigrantes.....	9
2. Sección segunda: La dictadura militar: el paradigma de la seguridad nacional.....	11
3. Sección tercera: El retorno a la democracia: una perspectiva económica y de derechos de los inmigrantes.....	12
Capítulo II: Fundamentos de la expulsión administrativa.....	15
1. Sección primera: El derecho a migrar.....	16
2. Sección segunda: El derecho a expulsar.....	17
Capítulo III. Análisis de la expulsión administrativa en la Ley N° 21.325.....	20
1. Sección primera: La expulsión administrativa.....	21
2. Sección segunda: Causales de la expulsión administrativa.....	26
Capítulo IV. Análisis del procedimiento de expulsión administrativa en la Ley N° 21.325.....	31
1. Sección primera: El procedimiento administrativo de expulsión.....	32
2. Sección segunda: Problemas particulares del procedimiento de expulsión.....	37
Capítulo V. Control de la Administración	40
1. Sección primera: Discrecionalidad Administrativa.....	40
2. Sección segunda: Control Administrativo.....	43
3. Sección tercera: Control Judicial.....	45
Conclusiones.....	49
Bibliografía.....	52

TABLA DE ABREVIATURAS

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CPR: Constitución Política de la República.

INTERPOL: Organización Internacional de Policía Criminal.

LBPA: Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ABSTRACT

El presente trabajo tiene por objeto analizar las disposiciones que abordan la expulsión administrativa de extranjeros en la nueva Ley de Migración y Extranjería, toda vez que pasará a componer el nuevo marco legal en materia de migración en un contexto de aumento de los flujos migratorios en nuestro país. Para estos efectos, se desarrollará la historia legislativa y los fundamentos que han influido en la nueva ley; el contraste entre el derecho a migrar y el derecho a expulsar y sus límites; la expulsión como acto administrativo sujeto a límites materiales y formales; los avances y deficiencias del procedimiento de expulsión; el análisis de sus causales; la discrecionalidad que la Administración posee en esta materia; y el control de la administración, tanto administrativo como judicial. Todo esto, realizando un estudio dogmático en conformidad con la doctrina, la jurisprudencia, el derecho administrativo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Palabras claves: Control de la administración, derecho migratorio, discrecionalidad, expulsión administrativa, nueva Ley de Migración y Extranjería.

INTRODUCCIÓN.

La migración es un fenómeno que siempre ha estado presente en las sociedades¹. Durante el siglo XX, en un contexto de globalización y grandes transformaciones políticas, sociales y económicas, los flujos migratorios experimentaron un progresivo aumento, lo que se intensificó considerablemente a comienzos del siglo XXI, lo cual trajo como consecuencia que varios países se vieran en la obligación de modernizar sus legislaciones migratorias².

La Ley de Extranjería (1975) aún vigente es la normativa más antigua de Sudamérica³, a pesar de que en las últimas tres décadas Chile se ha transformado en un país receptor de migrantes; en efecto, actualmente hay aproximadamente un millón seiscientos de inmigrantes en Chile, lo que equivale a un 8,6% del total de la población del país⁴. Este contexto ha evidenciado que la normativa vigente ya no se ajusta a la realidad ni al flujo migratorio que se enfrenta; pues presenta deficiencias de diverso tipo, tales como el enfoque en la seguridad nacional en razón del contexto de dictadura cívico-militar en la que se creó, categorías migratorias insuficientes, falta de consagración expresa de derechos y deberes de los migrantes, una institucionalidad débil y poco especializada y vulneraciones a garantías procedimentales y principios del Derecho Internacional⁵.

A raíz de lo anterior, el año 2013 a través de un Mensaje del Presidente de la República, se inició un Proyecto de Ley de Migración y Extranjería con el boletín N° 8970-07, el cual tras largos años de discusión fue promulgado y publicado en el Diario Oficial el mes de abril del presente año. Sin perjuicio de que esta ley no entrará en vigencia hasta que se publique el respectivo reglamento, para lo cual se dispone de un año a contar del 20 de abril, es fundamental realizar un estudio de las nuevas disposiciones dado que pasarán a componer el nuevo marco normativo de una materia tan importante como es la migración y debido a que, producto de su reciente promulgación, no ha sido objeto de un tratamiento acabado por parte de la literatura jurídica chilena.

¹ Gutiérrez, José Manuel; Romero Borre, Jenny; Arias Montero, Roberto; Briones Mendoza, Xavier Fernando (2020). “Migración: Contexto, impacto y desafío. Una reflexión teórica”. Revista de ciencias sociales, Vol. 26 Núm. 2. Pág. 299-313. p. 300.

² Ceriani, Pablo (2011). “Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”. Buenos Aires, Argentina: Revista Nueva Sociedad, 233, págs. 68-86. 76-77. Recuperado de <https://biblat.unam.mx/hevila/Nuevasociedad/2011/no233/7.pdf>.

³ Biblioteca Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 21.325”. p. 339.

⁴ Díaz, Regina. (2021) “Estatuto de los migrantes en Chile. Revisión de la normativa nacional e internacional aplicable”. Santiago: Der Ediciones. p. 24.

⁵ Biblioteca Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 21.325”. Op. Cit. p.6.

El presente trabajo se enfoca en un tema particular de esta ley: la medida de expulsión administrativa, considerando que constituye la máxima sanción que se le puede imponer a una persona migrante, ya que trae aparejada la ruptura de vínculos familiares, de años de arraigo y de un proyecto de vida en el país⁶. Lo anterior, sumado a la necesidad de realizar un estudio acabado de la nueva normativa para poder otorgar una asesoría adecuada a la población migrante, constituyen los principales motivos de la presente investigación.

La metodología del presente trabajo se basará principalmente en un estudio dogmático en el cual se analizarán e interpretarán las normas jurídicas referentes a la expulsión administrativa de extranjeros del territorio nacional contenidas en la nueva Ley de Migración y Extranjería en función de la doctrina, la jurisprudencia, el derecho público interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos existente en la materia, con el objeto de determinar si la nueva ley constituye un avance en temas migratorios que se ajuste a la realidad actual del país y respete los derechos y garantías de las personas migrantes.

Para ello, en el primer capítulo se abordará la realidad migratoria del país durante las últimas décadas, explicando por qué surgió la necesidad de implementar una nueva legislación que regule la materia. El segundo capítulo tiene por objeto adentrarse en la expulsión administrativa y en los fundamentos de esta, para lo cual se desarrollará tanto el derecho a migrar como el derecho a expulsar, entendiendo que son dos derechos que se contraponen en el fenómeno migratorio. El tercer capítulo analizará la expulsión administrativa contenida en la nueva Ley de Migración y Extranjería, para lo cual se desarrollará su concepto, enfatizando que aquella es un acto que dicta la Administración del Estado y que se encuentra sujeta a ciertos límites impuestos por la normativa interna y por el Derecho Internacional. Además, se estudiarán las causales de expulsión expresamente consagradas en Ley N° 21.325 y dos figuras afines, a saber, la prohibición de la expulsión colectiva y la reconducción o devolución inmediata. Luego, en el cuarto capítulo se realizará un análisis de las disposiciones que establecen el procedimiento de expulsión en la Ley N° 21.325 en cuanto le son aplicables los derechos y garantías de un debido proceso y que, en lo no regulado por esta, resulta aplicable lo dispuesto en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado, Ley N° 19.880. El capítulo quinto sobre el control de la administración en esta materia abordará la

⁶ Lawson, Delfina & Rodríguez, Macarena. (2016). *El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas*. En Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. p. 219.

discrecionalidad de la Administración y el control tanto administrativo como judicial. Finalmente, se expondrán las principales conclusiones de esta investigación relacionadas con los antecedentes de la migración y la historia de la legislación migratoria en Chile, con el acto administrativo de expulsión y su procedimiento, la discrecionalidad y el control de la administración, concluyendo con planteamientos de futuras investigaciones a realizar a partir de esta materia.

I. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES SOCIO-ECONÓMICOS E HISTÓRICOS-JURÍDICOS DE LA MIGRACIÓN EN CHILE.

En el presente capítulo se expondrá que la migración ha sido objeto de estudio en el derecho desde los inicios de la República, modificándose conforme las transformaciones políticas, económicas, sociales, culturales o conflictos bélicos que ha experimentado nuestro país. En este sentido, esta breve mirada por la historia legislativa de la migración permite comprender los fundamentos y orientaciones detrás de los diversos textos legales y su influencia en la nueva Ley de Migración y Extranjería. Para estos efectos, el capítulo se dividirá en tres etapas de la historia legislativa: (i) la promoción selectiva de inmigrantes, (ii) la dictadura militar con el paradigma de la seguridad nacional, y (iii) el retorno a la democracia con una perspectiva económica y de los derechos de los inmigrantes.

1. LA PROMOCIÓN SELECTIVA DE INMIGRANTES.

En el año 1845 se dictó la primera legislación que reguló la migración en nuestro país, la denominada Ley de Colonización⁷ cuyo objetivo era fomentar el ingreso de inmigrantes europeos - principalmente inmigrantes alemanes- para que colonizaran los territorios del sur del país, siempre que constituyeran un aporte para el desarrollo industrial, el crecimiento económico y para “mejorar la raza”⁸. El Estado promovía y deseaba el ingreso al país de un capital humano con ciertas características⁹, motivo por el cual se le suele denominar “*inmigración selectiva*”¹⁰. No obstante, esta fracasó al no lograr atraer a la cantidad de inmigrantes propuestos y, en cambio, se desarrolló paralelamente una migración masiva y espontánea denominada “*inmigración libre*”¹¹, que abarcaba inmigrantes europeos en un contexto de procesos globales de movimiento de personas, inmigrantes no europeos, en su mayoría árabes y asiáticos, e inmigrantes provenientes de países vecinos¹². Dicha migración se intensificó con acontecimientos como la apertura de Chile al comercio, la Guerra del

⁷ Ley S/N, de colonias naturales y extranjeros, publicada el 18 de noviembre de 1845.

⁸ Sandoval, Rodrigo (2016). *Hacia una Política Nacional Migratoria*. p. 2. Recuperado en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/188580/retrieve>

⁹ Aninat, Isabel y Vergara, Rodrigo (2019). “*Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*”, Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica. p. 33.

¹⁰ Norambuena, Carmen (1990). “*Política y legislación migratoria en Chile 1830-1920*”. Santiago de Chile: Cuadernos de Humanidades, 10, Historia, Serie 3, Departamento de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad Santiago de Chile. p. 25.

¹¹ Ibid.

¹² Feddersen, Mayra (2021) “Manual de Derecho Migratorio Chileno”, Legal Publishing Chile. p. 33.

Pacífico y la explotación del salitre¹³. En consecuencia, en el año 1885 los inmigrantes representaban el 3,5% de la población total en nuestro país¹⁴.

En un intento por controlar los crecientes flujos migratorios se dicta en el año 1918 la Ley N° 3.446, la cual prohibía la entrada al país o la residencia de extranjeros con elementos indeseables, tales como antecedentes penales; doctrinas incompatibles con la de la Nación que alteren el orden social o político por medio de la violencia; enfermedades; y la carencia de profesión u oficio. Con dicho propósito se establecieron ciertas exigencias administrativas para el ingreso y permanencia de extranjeros y se entregó por primera vez a la autoridad administrativa la facultad de expulsar a aquellos que incurrieran en alguna de dichas condiciones prohibidas¹⁵. En los siguientes años se diseñaron planes de migración y se crearon una serie de instituciones con el fin de atraer a los inmigrantes “*deseados*” en un contexto de término de guerras a nivel mundial, no obstante, estos fracasaron, cuestión reflejada en el censo del año 1952 según el cual los inmigrantes representaban sólo el 1,6% de la población total¹⁶.

En el año 1953 se dictó el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 que reguló el fenómeno migratorio de forma más sistemática, puesto que creó el Departamento de Inmigración, al cual le entregó competencias bastantes similares a las que ostenta actualmente, tales como formular propuestas para una política de inmigración, la supervigilancia y control de la entrada e ingreso de inmigrantes, resolver la reconsideración de peticiones de visas ante su rechazo en los consulados, entre otras¹⁷. Por otra parte, esta legislación mantenía orientaciones biológicas, toda vez que señalaba expresamente que una migración seleccionada produciría “el aumento de la población y el mejoramiento técnico de la misma [...] contribuirá a perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”¹⁸.

¹³ Idem. págs. 33-34.

¹⁴ Oficina Central de Estadísticas (1889). *Sexto Censo General de la Población de Chile levantado el 26 de noviembre de 1885*. Valparaíso: Impr. La Patria. p. 45.

¹⁵ Feddersen. Op. Cit. p. 36.

¹⁶ Servicio Nacional de Estadísticas y Censos (1952). “*XII Censo General de Población y I de Vivienda*”. Santiago: Imp. Gutenberg. p. 145.

¹⁷ Aninat y Vergara. Op. Cit. p. 35.

¹⁸ De acuerdo a lo señalado expresamente en el preámbulo del Decreto con Fuerza de Ley N°69, publicado el 8 de mayo de 1953.

En los años posteriores se continúan realizando esfuerzos con el fin de agrupar y ordenar los diversos textos legales e instituciones que abordan el tema¹⁹. Para ello se establecen ciertas medidas y se dictan diversas normas, entre las cuales resulta relevante mencionar la Ley N° 13.353 del año 1959, que encargó al Ministerio del Interior el control de ingreso de los turistas, residentes temporales y definitivos, le otorgó amplias facultades del control a la estadía de los inmigrantes, pudiendo decidir el rechazo y la revocación de sus permisos de residencia y la facultad de dictar decretos de expulsión²⁰. Dichas reformas tuvieron como consecuencia una disminución considerable de la cantidad de inmigrantes en nuestro país, que en 1970 representaban sólo el 1% de la población total²¹.

2. LA DICTADURA MILITAR: EL PARADIGMA DE LA SEGURIDAD NACIONAL.

En el año 1975, en plena dictadura militar, se dictó el Decreto Ley N° 1.094 que recogía un ideario de la doctrina de la seguridad nacional²² sustentada en tres ejes: “la amenaza, la amplia discrecionalidad y un fuerte control de las fronteras”²³. En un contexto de Guerra Fría se ha señalado que esta ley tenía implícitamente el propósito de “impedir el ingreso de ‘agitadores’ -la acción indirecta del comunismo- que pudieran atentar contra el “orden interno””²⁴. De esta forma el extranjero era concebido como una amenaza latente al orden y al régimen imperante²⁵, frente a lo cual se debían tomar los resguardos para evitar el ingreso al territorio nacional de “sujetos, grupos e ideas atentatorias hacia los valores nacionales que se busca preservar”²⁶, y en consecuencia que debían ser objeto de control por parte del Estado, para lo cual las autoridades contaban con amplios espacios de discrecionalidad. Así, por ejemplo, el Decreto de Ley establecía la discrecionalidad del Ministerio del

¹⁹ Lara Escalona, María Daniela (2014). “Evolución de la legislación migratoria en Chile: claves para una lectura (1824-2013)”. Revista de Historia del Derecho 47: págs. 59-104. p. 79.

²⁰ La Ley N° 13.353 disponía que los extranjeros que ingresaran sin ajustarse a la ley podrían ser sujetos a control por parte de la autoridad y trasladados a un lugar habitable mientras se regularizaba su estadía o se les expulsaba y, además, establecía que ante la revocación del permiso de ingreso el inmigrante contaba con un plazo no mayor a 72 horas para abandonar voluntariamente el país, de lo contrario procedía la dictación de un decreto de expulsión.

²¹ Instituto Nacional de Estadísticas (1970). “XIV Censo de Población y III de Vivienda 1970”. Santiago de Chile : Instituto Nacional de Estadísticas. p. 22.

²² Bernal Carrasco, C. (2018). “Los límites jurídicos a la expulsión de los inmigrantes en Chile”. p. 12. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/167948>. p. 12

²³ Sandoval. Op. Cit. p. 2.

²⁴ Stang, María Fernanda. (2016). “De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014”. Santiago: Polis. Revista Latinoamericana 83-107. P. 86-87. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-6568201600020000>

²⁵ Lara. Op. Cit. p. 81.

²⁶ Sandoval. Op. Cit. p. 3.

Interior para conceder visas, prórrogas y permanencias definitivas, atendiendo especialmente a la utilidad del extranjero y la reciprocidad internacional²⁷.

Entre otros de los puntos más relevantes de la ley, cabe mencionar la facultad de la autoridad administrativa para decretar expulsiones²⁸; el reconocimiento a los extranjeros de un recurso ante la Corte Suprema que debe interponerse en las 24 horas desde que tomó conocimiento de la medida, tiempo durante el cual el extranjero queda privado de libertad; y la tipificación como delito del ingreso por lugares no habilitados, o la entrada bajo un impedimento o prohibición de ingreso y la residencia en el país después de vencidos los plazos legales para ello²⁹.

La legislación y políticas migratorias restringidas dieron como resultado que, en 1982, los extranjeros representaban sólo el 0,7% de la población total³⁰. Posteriormente, se realizaron diversas modificaciones al texto legal, relacionadas al procedimiento de expulsión³¹ y la delegación de facultades y funciones³², no obstante, su esencia se mantuvo durante los siguientes años.

3. EL RETORNO A LA DEMOCRACIA: UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA Y DE LOS DERECHOS DE LOS INMIGRANTES.

La tercera etapa comienza con el retorno a la democracia. En este período el Decreto Ley N° 1.094 se mantiene vigente, aunque incorporando nuevas orientaciones fundadas tanto en razones económicas como en el reconocimiento de los derechos de los inmigrantes.³³

Así en la década de los 90', en un contexto de globalización, nuestro país firmó diversos acuerdos de libre comercio que permitieron su entrada al comercio internacional³⁴. Asimismo, se observa la intención de introducir nuevas orientaciones en la legislación migratoria con la suscripción de distintas convenciones y tratados internacionales, destacando la Convención Internacional sobre la

²⁷ Lara. Op. Cit. p. 81-82.

²⁸ Idem. p. 81-83.

²⁹ Idem. p. 84.

³⁰ Instituto Nacional de Estadísticas (1982). “*XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda*”. Santiago: Instituto Nacional de Estadísticas. p. 74.

³¹ Entre las más relevantes cabe mencionar la Ley N° 18.252 del año 1983 que dispuso que la medida de expulsión debía ser notificada por escrito al afectado, quien podía manifestar que se oponía a ella. Si no interponía un recurso dentro de las 24 horas siguientes a su notificación, la autoridad debía proceder a efectuar la expulsión. Por otra parte, la ley disponía que no procedía reclamo ante la Corte Suprema si la expulsión fue emitida por Decreto Supremo. Lara. Op. Cit. p. 88.

³² Ibid.

³³ Idem. p.62.

³⁴ Idem. p. 90.

Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Inmigrantes y sus Familiares (1993); la presentación en el año 1993 de un proyecto de ley que buscaba reemplazar el Decreto Ley N° 1.094 (que terminó siendo archivado)³⁵; y la dictación de leyes, como la Ley N° 19.476 (1996) que incorporó el concepto de refugiado reconociendo el principio de no devolución y la no criminalización del ingreso irregular cuando se tratara de solicitantes de refugio o asilo.³⁶ Lo anterior, junto con el crecimiento económico y la estabilidad política de Chile, llevó a que la inmigración comenzará paulatinamente a incrementarse, especialmente la proveniente de países vecinos, como Perú, Bolivia y Argentina.³⁷ Dicha situación tuvo como consecuencia que en el año 1998 se llevará a cabo el primer proceso de regularización migratoria en nuestro país³⁸.

En los siguientes años se continuaron suscribiendo acuerdos internacionales, se modificaron algunas disposiciones de la ley en un intento de morigerar sus orientaciones de seguridad nacional y se adoptaron una serie de medidas administrativas con especial énfasis en la protección a los grupos de inmigrantes en situación de vulnerabilidad³⁹. No obstante, aquello resultó insuficiente ante el exponencial aumento de la población extranjera, que en el año 2012 representaba el 2,04% de la población total⁴⁰, haciendo patente que una legislación basada en la seguridad nacional y el control no era concordante a la realidad migratoria del país. En este sentido, se plantearon una serie de críticas al Decreto Ley, principalmente en lo que respecta a la amplia discrecionalidad que otorgaba a la autoridad administrativa en el ingreso, permanencia y expulsión de migrantes; a que la regulación se encontraba en cuerpos legales dispersos, desactualizados, que no respondían a los flujos migratorios contemporáneos; y carecía de una organización gubernamental adecuada⁴¹.

Frente a este cuadro tanto fáctico como legislativo, en el primer gobierno de Sebastián Piñera se dicta la Ley N°20.603 que establecía la expulsión del extranjero como pena sustitutiva. Por otra parte, en el año 2013, el Presidente de la República presentó mediante Mensaje el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, el cual fue ampliamente criticado por ser elaborado bajo un enfoque

³⁵ Stang. Op. Cit. p. 91.

³⁶ Lara. Op. Cit. p. 93.

³⁷ Idem. p. 91

³⁸ Biblioteca Congreso Nacional. “*Historia de la legislación migratoria nacional*”. p. 4. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25549/1/Historia_de_la_legislacion_migratoria_nacional.pdf

³⁹ Lara. Op. Cit. p. 95.

⁴⁰ Instituto Nacional de Estadísticas (2014). “*Auditoría técnica a la base de datos del levantamiento censal año 2012*”. Santiago: Instituto Nacional de Estadísticas. p. 30.

⁴¹ Lara. Op. Cit. p.61.

instrumental de la migración para la economía nacional⁴², careciendo de un enfoque de Derechos Humanos.

Posteriormente, el gobierno de Michelle Bachelet continuó con la dictación de leyes en la materia y la toma de medidas en un intento de actualizar algunos preceptos de la Ley de Extranjería, favorecer la regularización de inmigrantes en el país y ampliar su protección⁴³. Por otra parte, en el año 2017 se presentó un nuevo Proyecto de Migración y Extranjería, el cual se caracterizó por establecer derechos y obligaciones a favor de los inmigrantes y modificar las categorías migratorias, sin embargo, no propuso la creación de un órgano autónomo encargado de la migración. En ese entonces, los inmigrantes representaban el 4,35% de la población total en nuestro país⁴⁴.

Finalmente, en el año 2018, el presidente Sebastián Piñera asumió su segundo mandato y reactivó la tramitación de su proyecto de 2013, introduciendo modificaciones relevantes en su Mensaje. Después de tres años de tramitación, el proyecto fue promulgado y publicado el 20 de abril de 2021⁴⁵. Dicha ley establece políticas que, según se señala en su mensaje, buscan implementar una migración regular indicando que sus disposiciones “contienen fuertes incentivos para la regularidad migratoria, de manera que el migrante pueda desarrollar su vida en las mejores condiciones posible”⁴⁶.

Al respecto, si bien la nueva ley incorpora una disposición normativa que obliga a efectuar una interpretación a la luz de las normas y principios del Derecho Internacional y crea el Servicio Nacional de Migración, se debe tener presente que parte considerable de los derechos contenidos dependen en gran medida de que el extranjero se encuentre en condición regular. Además, la normativa no permite el cambio de categoría migratoria dentro del país y la posibilidad de regularización comprende a un grupo reducido de personas. Todo lo anterior conlleva dejar a una gran cantidad de inmigrantes en condiciones de irregularidad, excluyéndolos del tejido social y económico, privándolos de servicios básicos y volviéndose vulnerables al abuso⁴⁷.

⁴² Servicio Jesuita a Migrantes y Refugiados (2013). “Nueva Ley de Migraciones: Chile pide mano de obra y vienen personas”. CIPER. Recuperado en: <https://www.ciperchile.cl/2013/06/21/nueva-ley-de-migraciones-chile-pide-mano-de-obra-y-vienen-personas/>.

⁴³ Bravo, Guillermo; Norambuena, Carmen (2018). “*Procesos Migratorios en Chile: Una mirada histórico-normativa*”. Santiago: Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos. p. 109-110.

⁴⁴ Instituto Nacional de Estadísticas (2018). “*Síntesis resultados Censo 2017*”. Santiago: Instituto Nacional de Estadísticas. p. 9. Disponible en <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>

⁴⁵ Feddersen. Op. Cit p. 33.

⁴⁶ Biblioteca Congreso Nacional. “*Historia de la Ley N° 21.325*”. Op. Cit. p. 8

⁴⁷ Biblioteca Congreso Nacional. “*Historia de la Ley N° 21.325*”. Op. Cit. p. 10.

Se observa que algunas de las orientaciones contenidas en la nueva Ley de Migración y Extranjería se venían desarrollando desde las primeras legislaciones, principalmente en lo que respecta a la promoción del ingreso de cierto tipo de inmigrantes y, en contrapartida, las restricciones de ingreso y permanencia de aquellos considerados “*indeseables*” por parte del Estado. No obstante, mantener dicho enfoque significa desconocer los procesos migratorios contemporáneos, de carácter global y en constante crecimiento en un contexto de crisis políticas, económicas, sociales e incluso climáticas que experimentan diversos países. En este sentido, Chile por sus atractivas características políticas y económicas ha pasado de ser un país de emigración a un país receptor de migrantes, lo que se ha traducido en que en el año 2020 los extranjeros representan el 8,6% de la población total⁴⁸. Dicha inmigración, deseada o indeseada, difícilmente se detendrá o disminuirá con medidas restrictivas de ingreso, puesto que, como se señaló, la migración obedece a necesidades complejas, que en muchas ocasiones obligan a las personas a migrar por motivos de subsistencia.

Dentro de las medidas restrictivas contempladas en la nueva ley se encuentra la regulación expresa de la expulsión de extranjeros, lo que parece ser una solución ante la inmigración indeseada que se suele catalogar como “*desordenada, insegura e irregular*”⁴⁹. En las siguientes páginas se analizará la expulsión administrativa desde la perspectiva de sus fundamentos y como acto administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley N° 21.325.

II. CAPÍTULO SEGUNDO: FUNDAMENTOS DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA.

La revisión de los antecedentes del fenómeno migratorio en Chile es una cuestión fundamental para comprender el sentido y orientación que tuvo el legislador al momento de redactar la nueva Ley de Migración y Extranjería. Dicho esto y teniendo presente los aspectos socioeconómicos e histórico-jurídicos de la migración en Chile, el presente capítulo tendrá como objetivo introducir la temática principal a desarrollar en esta investigación: *la expulsión administrativa*. Por tal motivo, se comenzará dilucidando los fundamentos, explicando, por un lado, el derecho a migrar, su consagración y sus eventuales límites; y por otro, el derecho de expulsar de los Estados y sus respectivos límites, entiendo

⁴⁸ Díaz. “*Estatuto de migrantes en Chile*”. Op. Cit. p. 14.

⁴⁹ Biblioteca Congreso Nacional, “*Historia de la Ley N° 21.325*”. Op. Cit. p. 488 y 498.

finalmente que estos son dos derechos que se contraponen, con una perspectiva diferente, al momento del desplazamiento humano.

1. DERECHO A MIGRAR.

En materia migratoria, existen diversos tratados internacionales que regulan y establecen las bases del fenómeno migratorio, tales como, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, entre otros. A pesar de la existencia de un gran número de instrumentos internacionales aplicables en la materia, si entendemos el fenómeno inmigratorio como aquel acto de “llegar a otro país para establecerse en él”, ninguno de aquellos establece expresamente la inmigración como un derecho de todo ser humano, sino más bien se limitan a reconocer ciertos derechos relacionados, tales como el de emigrar, el de retornar al Estado del que se es nacional y el de circular libremente una vez que se ha ingresado a otro Estado⁵⁰. De este modo, si bien los extranjeros son titulares de las libertades de circulación y de residencia, puesto que aquella “es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”, se establecen importantes limitaciones en esta materia, dado que estos derechos se consagran de modo pleno solo para las personas que sean nacionales del Estado en el que se ejerzan estos derechos⁵¹.

Lo anterior encuentra su fundamento en que cada Estado, en el ejercicio de su soberanía, determina las condiciones para autorizar el ingreso al país de quienes no sean nacionales⁵². Así, ya que no existe un derecho a ingresar a un país que no es propio, la entrada depende de la autorización del Estado, de manera tal que prima su soberanía por sobre la libertad de circulación de los extranjeros.⁵³ Sin embargo, esto no significa que los Estados tengan autonomía absoluta para determinar quién entra y quién no, toda vez que existen ciertos parámetros que sirven de guía y orientación, sobre todo para aquellos Estados que son parte del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, como es el caso de Chile⁵⁴.

⁵⁰ Díaz. “Estatuto de migrantes en Chile”. Op. Cit. p. 29.

⁵¹ Arlettaz, Fernando. (2016). *La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Boletín mexicano de derecho comparado, 49(145). p. 19.

⁵² Díaz, Regina. (2016). “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”. Estudios constitucionales, 14(1). p. 180.

⁵³ Ibid. p. 186.

⁵⁴ Ibid p. 183.

De esta manera, la falta de consagración expresa de un derecho a inmigrar no implica una falta de protección jurídica a los migrantes, ya que diversos instrumentos y Órganos Internacionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos han desarrollado un conjunto de derechos y principios que los Estados deben respetar al momento de controlar el ingreso y permanencia de los extranjeros⁵⁵. Así, si bien pueden existir razones fundadas para justificar una regulación diferenciada entre nacionales y extranjeros para efectos de su ingreso al país, estas distinciones deben estar debidamente justificadas, cumpliendo criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad, además de respetar el principio de igualdad y no discriminación; puesto que no es posible impedir o prohibir el ingreso de extranjeros sobre la base de factores que discriminen de forma arbitraria, ya sea en razón de la raza o la etnia, el color, el idioma o bien en otros elementos que han sido catalogados por la doctrina como “*categorías sospechosas*”⁵⁶.

2. DERECHO A EXPULSAR

De lo expuesto anteriormente, podemos apreciar que en el Derecho Internacional no se cuestiona la existencia de un principio que permite a los Estados controlar la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio. En virtud de este principio el Estado puede establecer normas que determinen las condiciones que los extranjeros deben cumplir para poder establecerse en su territorio y adoptar medidas para frenar la inmigración que no se ajuste a la regulación establecida⁵⁷. Así, la soberanía también se extiende a la facultad de expulsar extranjeros cuando estos no cumplan con los requisitos establecidos en la legislación vigente del país. Sin embargo, el Estado no puede actuar de forma absolutamente discrecional, sino que debe respetar ciertos límites, como se verá en los próximos capítulos.

La doctrina ha aceptado de forma general la facultad de los Estados de expulsar a extranjeros inmersos en determinados supuestos o conductas, considerando dicha facultad como no renunciable. Sin perjuicio de esto, dado que en el ejercicio de esta facultad se puede incurrir en diversos abusos, y considerando que la expulsión es una medida que puede transgredir derechos fundamentales de la

⁵⁵ Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2018) “*Derechos Humanos de las personas migrantes como límites a la facultad de excluir*”. Revista colecciones jurídicas. p. 16.

⁵⁶ Díaz. “*ingreso y permanencia*”. Op. Cit. p. 188.

⁵⁷ Pérez, Carmen. (2012) “*Migraciones irregulares y Derecho Internacional*”. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 99.

persona afectada, es menester ahondar en los límites impuestos por el Derecho Internacional Público respecto del derecho de expulsión⁵⁸.

Los límites específicos que establecía el Derecho Internacional en esta materia eran tradicionalmente escasos y prácticamente se limitaban al principio de no discriminación y no producción de un daño, sufrimiento y vejación innecesaria⁵⁹. Sin embargo, en la actualidad los Derechos Humanos juegan un rol fundamental y establecen límites procesales y sustantivos⁶⁰.

Como límites procesales de la expulsión se encuentra principalmente la prohibición de expulsiones colectivas, materia que será desarrollada en el siguiente capítulo. Además, existen garantías procesales derivadas del debido proceso como el respeto a legalidad, a ser informado de los motivos de la expulsión, a someter el caso a revisión ante la autoridad competente, a la asistencia letrada, a un traductor o intérprete y al respeto de las normas que garantizan la intervención consular⁶¹. Por otro lado, respecto a los límites sustantivos se establecen ciertos principios como, la prohibición de discriminación, la protección de la familia⁶² y la prohibición de la tortura y otros tratos análogos. De este último punto, se desprende uno de los principios fundamentales en esta materia: el principio de no devolución. Dicho principio, es una norma de *ius cogens*⁶³ consagrada en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el cual señala que “Ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre[...]”

Haciendo alusión expresa al PIDCP cabe señalar que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en aquel a todas las personas que se encuentren bajo su territorio. Lo anterior implica que los “Estados parte no pueden extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable”⁶⁴, surgiendo, por tanto, la obligación de proteger a quien se pueda ver amenazado en su vida e integridad.

⁵⁸ Fernández, Ana. (2018). *Derecho de extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch. págs. 228-229.

⁵⁹ Vacas, Félix (2017) *El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 64.

⁶⁰ Arlettaz, Fernando. (2015). *La expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. p. 23.

⁶¹ Ibid. págs 25-27.

⁶² Ibid. págs 29- 31.

⁶³ Pérez. Op. Cit. págs 102.

⁶⁴ Arlettaz. “*La expulsión de extranjeros en el Pacto*” Op.Cit. p 23.

Así las cosas, esta protección se aplica principalmente a quienes tienen reconocido el estatuto de asilado o refugiado⁶⁵. El refugio es “una condición temporal, en la que se encuentra una persona fundada en elementos subjetivos y objetivos. Por un lado, el temor fundado de ser perseguido por alguna de las causales que establece la ley y su reglamento y por otro, la existencia de circunstancias objetivas graves en el país de origen que lo imposibilitan para proteger adecuadamente a sus nacionales”⁶⁶. En este sentido, para evitar una vulneración al principio en cuestión es necesario que el Estado verifique si la expulsión de su territorio genera o expone a la persona a una situación de riesgo⁶⁷.

Finalmente, es menester mencionar que en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha señalado que este principio es más amplio en su sentido y alcance. Esto podría beneficiar a todo extranjero y no solo a los que se encuentren bajo el estatus de asilado o refugiado, independiente de la condición migratoria en la que se encuentre⁶⁸.

En resumen, podemos apreciar que de los principios mencionados se deducen límites a la facultad del Estado de decidir sobre la permanencia en su territorio de los no nacionales. Además, constituyen el contenido del derecho del extranjero a permanecer en el territorio del Estado y son un elemento definitorio del *ius migrandi* todavía en formación⁶⁹.

De esta forma, de los puntos anteriormente desarrollados se advierte que desde la perspectiva del Estado soberano existe una especie de derecho interno que se puede denominar «Derecho de Extranjería», el cual estaría constituido por un “conjunto de normas jurídicas relativas a la entrada, establecimiento, derechos, obligaciones y medidas sancionadoras aplicables al extranjero, de manera

⁶⁵ Dado que esta materia representa una temática que escapa del ámbito de esta investigación, para un tratamiento más acabado sobre el estatuto de asilo o refugiado véase: Rieke, Tomas (2020). *La (des)protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional*. Anuario de Derechos Humanos. Universidad Alberto Hurtado. Chile. Vol. 16 núm 2. Págs. 281-410; Mondelli, Juan Ignacio. (2018). La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d03d0b54.pdf>; Arlettaz, Fernando. (2015). *La expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos; y Olea, Helena. (2012). Refugiados en Chile, análisis de la ley 20.430 y su reglamento. Disponible en: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/refugiados_ley.pdf en la doctrina, y CS Rol N° 131.738-2020, CS Rol N° 131.056-2020 CS Rol N° 69.492-2021 en la jurisprudencia.

⁶⁶ Feddersen. Op. Cit. p. 262.

⁶⁷ Arlettaz. “*La expulsión de extranjeros y derecho de asilo*”. Op. Cit. p. 55.

⁶⁸ Ibid. p. 56.

⁶⁹ Pérez. Op. Cit. p. 101.

que estará compuesto por normas de carácter material que resuelven de forma directa la atribución de derechos y deberes”⁷⁰. En consecuencia, “los intereses a defender, los principios y valores a proteger y que van a informar la normativa y determinar su interpretación, son los propios del Estado y no los de los individuos”⁷¹.

Se contraponen a lo anterior, enfocando su atención en las personas migrantes, el «Derecho Migratorio». Este derecho puede definirse como aquel “conjunto de normas y principios aplicables a la migración y a las personas involucradas en la migración”.⁷² Así, a diferencia del caso anterior, “los intereses a proteger, valores y principios que informan y van a servir de base para interpretar las normas que conforman este derecho son las personas, no los Estados que, como correlato, son a los que se dirigen las normas que conforman el Derecho Migratorio generando obligaciones y limitando su discrecionalidad”⁷³.

Por tanto, el Derecho de Extranjería que se concibe desde la perspectiva del Estado soberano es básicamente derecho interno y está constituido por las normas. En cambio, el Derecho Migratorio es Derecho Internacional al cual las normas internas adoptadas por cada Estado deben someterse y adecuarse⁷⁴.

III. CAPÍTULO TERCERO: ANÁLISIS DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY N°21.325.

Una vez desarrollado tanto el derecho a migrar como el derecho que poseen los Estados para expulsar a un extranjero de su territorio, el presente capítulo tiene por objeto realizar un análisis de la expulsión administrativa conforme a la Ley N°21.325. Para estos efectos, se expondrá su concepto y sus límites tanto materiales como formales provenientes del derecho internacional y del derecho interno, particularmente del derecho administrativo. Posteriormente, se expondrán y analizarán las causales de expulsión contempladas en la misma ley, enfatizando principalmente en aquellas que proceden respecto a la permanencia transitoria. Sumado a lo anterior, se desarrollarán brevemente dos

⁷⁰ García, Sonia. (2007) *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 30.

⁷¹ Vacas. Op. Cit. p. 52.

⁷² Organización Internacional para las Migraciones (2006). *Glosario sobre Migración*. p. 18.

⁷³ Vacas. Op. Cit. p. 52.

⁷⁴ Ibid. p 53.

figuras que se relacionan con esta materia: la prohibición de expulsiones masivas y la reconducción o devolución inmediata.

1. LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA.

La nueva Ley de Migración y Extranjería regula en su título VIII el capítulo denominado “de la Expulsión”, estableciendo su concepto, causales, procedimiento y ciertas figuras relacionadas con esta. El artículo 126 define la expulsión del territorio como “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”.

Dentro de este marco, la expulsión administrativa regulada en la Ley N° 21.325 se traduce en un acto administrativo, es decir, una decisión formal que emite un órgano de la Administración del Estado en el que se contiene una declaración de voluntad realizada en el ejercicio de una potestad pública⁷⁵. En este sentido, dicho acto debe de cumplir con las exigencias consagradas en el derecho administrativo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷⁶, dentro de los cuales pueden identificarse tanto límites materiales como formales que restringen la potestad administrativa de expulsión de la autoridad migratoria⁷⁷.

a) Límites Materiales.

Los límites materiales son aquellos que “restringen las posibilidades que tiene la autoridad administrativa para fundar el acto” y que atienden al motivo, fin y objeto de aquel⁷⁸. El “*motivo*” consiste en el supuesto de hecho que condiciona el ejercicio de la potestad pública y, por tanto, determina la adopción del acto⁷⁹. En este sentido, dicha circunstancia de hecho determina la producción de una consecuencia jurídica, justificando la dictación del acto administrativo de expulsión. Si este elemento es inexistente estaríamos ante un acto de expulsión ilegal⁸⁰, y muy probablemente también ante una desviación de poder. Cabe señalar que en materia de legislación migratoria resulta especialmente

⁷⁵ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 19.880.

⁷⁶ Toda vez que conforme al artículo 5 de la Constitución los órganos de la Administración se encuentran obligados a respetar y promover los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

⁷⁷ Molina Conzué, Diego. (2020). *La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales*. Estudios de Derecho, Vol. 77 N° 169. p. 296.

⁷⁸ Idem. p. 303.

⁷⁹ Valdivia, José Miguel (2018). “*Manual de Derecho Administrativo*”, Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 221.

⁸⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto (1991). “*Elementos del derecho administrativo*”. México: Editorial Limusa. p. 174.

complejo determinar la configuración de este supuesto de hecho, toda vez que es habitual el uso de conceptos jurídicos indeterminados que requieren de una mayor apreciación por parte de la Administración⁸¹.

Por otra parte, el “*fin*” es entendido por la doctrina en los términos de que “todo acto administrativo está orientado a una finalidad que consiste en el objeto a alcanzar mediante la atribución de la potestad pública”⁸². En consecuencia, esto supone que el acto de expulsión necesariamente debe satisfacer un interés general, al contrario, si la autoridad administrativa hace uso de sus facultades con un fin diverso al perseguido en la ley se configura una desviación de poder⁸³.

En cuanto al tercer elemento, el objeto del acto administrativo se refiere al contenido del acto, en este caso el de expulsión, el cual debe ser cierto y jurídicamente posible, es decir, “pueda ser objeto de la actuación de la Administración del Estado de acuerdo con la ley”⁸⁴, lo que implica que si éste no se encuentra contemplado en el texto legal se configura una ilegalidad en torno a este elemento, en circunstancias que no correspondía que dicha orden fuera dictada.

De esta forma, para determinar la legalidad de los elementos que forman parte de los límites materiales del acto administrativo de expulsión debe atenderse a:

i. Causal establecida en la ley.

El ejercicio de la potestad administrativa de expulsión sólo se justifica en aquellos casos en que el extranjero incurra en alguna de las causales establecidas en la ley⁸⁵, puesto que constituye un acto que afecta el derecho a la libre circulación de las personas. Dichas causales se encuentran consagradas en los artículos 127 y 128 de la nueva Ley de Migración y Extranjería, las que al limitar derechos fundamentales deben de cumplir con los requisitos fijados en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, esto es, la reserva legal, la no afectación al contenido esencial del derecho limitado y proporcionalidad⁸⁶.

⁸¹ Valdivia. Op. Cit. p. 221.

⁸² Ibid.

⁸³ Pierry, Pedro (1984). “*El control de la discrecionalidad administrativa*”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, Santiago, Chile. p. 165.

⁸⁴ Acosta Romero, Miguel (1996). “*Compendio de Derecho Administrativo*”. Segunda Edición actualizada, México D.F.: Editorial Porrúa. p. 259.

⁸⁵ Molina. “*La medida de expulsión administrativa*”. Op. Cit. p. 303.

⁸⁶ Esto es, necesidad, idoneidad y proporcional en sentido estricto de la medida limitadora del derecho. Idem. p. 304.

ii. Principio de igualdad y no discriminación.

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra consagrado explícitamente en el artículo 3 inciso final de la Ley N° 21.325 que establece “El Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación” en conformidad a su artículo 1 N° 7 que define la discriminación arbitraria como "toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁸⁷, particularmente cuando se funde en motivos que la doctrina ha denominado como “categorías sospechosas”⁸⁸: “la raza o etnia, la nacionalidad, situación migratoria, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal, la enfermedad o discapacidad o cualquier otra condición social”.

En este sentido, se exige que el acto de expulsión se encuentre debidamente fundamentado, y en concordancia se pruebe que dicha decisión no se basó en alguno de los motivos discriminatorios enumerados, de lo contrario, si se omite la fundamentación o es insuficiente se presume que se incurre una arbitrariedad⁸⁹. En base a lo anterior, constituye un avance en materia migratoria que la nueva legislación consagre expresamente dicho principio y que incluya la causal genérica de “cualquier otra condición social”⁹⁰ ajustándose a lo dispuesto en derecho internacional⁹¹.

iii. Principio del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente se encuentra consagrado en el artículo 4 de la nueva Ley de Migración y Extranjería el cual establece que “el Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce

⁸⁷ El principio de igualdad y no discriminación encuentra consagración constitucional en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental y en derecho internacional, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁸⁸ Díaz, Regina. (2020). “*Contexto Social y Estatuto de los Migrantes en Chile*”. Academia Judicial de Chile. P. 21.

⁸⁹ Feddersen. Op. Cit. p. 60.

⁹⁰ Feddersen. Op. Cit. p. 60.

⁹¹ Comité de Derechos Humanos (1994). Observación General N° 18 relativa a la no discriminación. Revista N°1 de las Naciones Unidas (1994), párr. 7.

de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que lo tengan a su cuidado”, lo cual debe entenderse en conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, se garantiza que los niños no serán objeto de las sanciones establecidas en la ley, como la expulsión, cualquiera sea la situación migratoria de sus padres⁹², puesto que siempre se debe velar que se satisfaga y proteja el ejercicio de sus derechos para su desarrollo integral. Por otra parte, significa que las autoridades administrativas al adoptar este tipo de medidas deben atender a los efectos perjudiciales que podría ocasionar al desarrollo de los niños, niñas y adolescentes el verse separado de sus padres⁹³.

En concordancia, nuestra jurisprudencia ha señalado que al momento de dictarse la medida de expulsión deben considerar las circunstancias personales y familiares del afectado, como lo es la existencia de hijos. Esto porque la separación del niño de alguno de sus progenitores merma su pleno desarrollo emocional y social y abiertamente vulnera el artículo 1 de nuestra Constitución que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección y propender a su fortalecimiento. Asimismo, transgrede los artículos 3 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto el primero establece la obligación de la autoridad administrativa de tener en especial consideración este principio, y el segundo indica que los Estados parte deben velar que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos⁹⁴. Por lo demás, se ha indicado que en circunstancias que los hijos del extranjero tengan nacionalidad chilena, dicha medida también afectaría la identidad familiar y nacional del niño.⁹⁵

iv. Principio de protección complementaria.

El principio de protección complementaria se encuentra consagrado en el artículo 10 de la ley N° 21.325, el que se aplica para los solicitantes de refugio que no lograron calificar como refugiados

⁹² Feddersen. Op. Cit. p. 61.

⁹³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, párr. 60.

⁹⁴ Corte Suprema Rol N° 5.276-2015 de fecha 23 de abril de 2015; Rol N° 12.356-2015 de fecha 2 septiembre de 2015; Rol N° 9.081-2014 de fecha 29 abril de 2014; Rol N° 4.565-2013 de fecha 18 de julio de 2013; Rol N° 2.311-2013 de fecha 22 abril de 2013; Rol N° 3.813-2013-2013 de fecha 12 junio de 2013.

⁹⁵ Corte Suprema Rol N° 3.057-2013 de fecha 16 de mayo de 2013; Rol N° 3.694-2015 de fecha 23 de marzo de 2015; Rol N° 37.229-2017 de fecha 22 de agosto de 2017.

bajo la Ley N° 20.430. Aquellas personas no podrán ser expulsadas o devueltas al país donde su vida, integridad física o libertad personal corra riesgo de ser vulnerada por su raza, etnia, nacionalidad, religión, creencia, condición social, ideología u opinión política, orientación sexual o identidad de género.

b) Límites formales.

Respecto a los límites formales, la nueva Ley de Migración y Extranjería establece las “formas y ritualidades que debe observar el procedimiento y acto administrativo” que dispone la expulsión, a saber, la forma y la motivación⁹⁶.

El elemento “forma” dice relación con que el acto sea expedido a través de un procedimiento administrativo⁹⁷, al cual se le debe aplicar medularmente el “contenido del debido proceso”⁹⁸ en conformidad al artículo 19 N° 3 de la Constitución. Dada la relevancia de este punto, el procedimiento de expulsión será analizado en un capítulo posterior del presente trabajo.

Por otra parte, la motivación dice relación con que la medida de expulsión, como acto administrativo, debe encontrarse debidamente fundada conforme a los artículos 11 inciso segundo y 41 inciso cuarto de la Ley N°19.880. Esta fundamentación se traduce en el razonamiento que realizó la autoridad administrativa al momento de dictar la medida de expulsión, “invocando y desarrollando los motivos que le dan lugar”⁹⁹. En este sentido, este elemento constituye una forma de limitar la discrecionalidad de dicha autoridad¹⁰⁰.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que el estándar de motivación es especialmente intenso cuando se refiere a la expulsión de extranjeros, dado que se trata de un acto de contenido desfavorable para el administrado que cuenta con la protección que la normativa internacional le otorga a los inmigrantes¹⁰¹. Por lo demás, ha sostenido que a la autoridad migratoria le corresponde acreditar y ponderar todos los antecedentes fácticos en los cuales se fundamenta, y no puede basarse meramente

⁹⁶ Molina. “*La medida de expulsión administrativa*”. Op. Cit. p. 314.

⁹⁷ Bermúdez, Jorge. (2014). “*Derecho administrativo general*”. Santiago: Legal Publishing Chile. p. 151.

⁹⁸ Molina. “*La medida de expulsión administrativa*”. Op. Cit. p. 315.

⁹⁹ Idem. p. 314.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Corte Suprema, Rol N° 50.696-2020, de fecha 9 de septiembre de 2020.

en el ingreso clandestino del extranjero al territorio nacional, que por lo demás debe de ser eficazmente investigado¹⁰². A falta de fundamentos, la decisión de expulsión se torna en un actuar arbitrario¹⁰³.

Dicho lo anterior, ante la inexistencia de los motivos legales y fácticos invocados, la infracción de la legislación atingente en la materia, la desviación de poder y la existencia de vicios en el procedimiento¹⁰⁴, el acto de expulsión se torna ilegal y en consecuencia es susceptible a ser anulado por los tribunales de justicia.

2. CAUSALES DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA.

Una vez desarrollada la primera sección del presente capítulo, es menester ahondar en las causales de la expulsión administrativa consagradas en los artículos 127 y 128 de la nueva ley. Relacionado con esto, el artículo 130 y 131 de la misma consagran la prohibición de expulsión colectiva, y la reconducción o devolución inmediata respectivamente.

El artículo 127 establece causales de expulsión para aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país¹⁰⁵ y para aquellos que sean titulares de un permiso de permanencia transitoria. Por otro lado, el artículo 128 consagra las causales respecto de aquellos extranjeros que sean titulares de un permiso de residencia¹⁰⁶.

A continuación, se ahondará exclusivamente en las causales establecidas en el artículo 127 de la nueva Ley de Migración y Extranjería, dejando de lado aquellas causales establecidas en el artículo 128 y las causales que se relacionan con la revocación o rechazo de un permiso de residencia.

La primera causal establecida en el artículo 127 señala el ingreso al país no obstante configurarse respecto del extranjero una causal de prohibición de ingreso del artículo 32¹⁰⁷. En la

¹⁰² Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 123-2021, de fecha 21 de abril de 2021.

¹⁰³ Corte Suprema, Rol N° 2.314-2013, de fecha 16 de abril de 2013.

¹⁰⁴ Corte Suprema, Rol N° 82.459-2016, de fecha 17 de diciembre de 2017.

¹⁰⁵ El artículo 1 N°4 de la Ley n° 21.325 establece que la persona que se encuentra en el país sin un permiso vigente que lo habilite para permanecer en él, se encontrará en una condición migratoria irregular.

¹⁰⁶ El artículo 128 establece cuatro causales de expulsión para titulares de un permiso de residencia, a saber: (i) Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso señala en el numeral 1 u 8 del art. 31. (ii) Incurrir durante su residencia en el país en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 5 u 8 del artículo 32. (iii) No haber dado cumplimiento a una orden de abandono del país dentro del plazo establecido (iv) Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de residencia sin haber solicitado su renovación en el plazo correspondiente.

¹⁰⁷ La mayoría de las prohibiciones de ingreso contempladas en la antigua legislación se mantienen. Sin embargo, en la nueva legislación se encuentran redactadas con una mayor precisión y se agrega la excepción de permitir el ingreso, a pesar de la concurrencia de una causal, por razones humanitarias. Díaz. “*Estatuto de migrantes en Chile*”. Op. Cit. p.113.

doctrina la naturaleza de los impedimentos de ingreso ha sido objeto de gran discusión. Algunos autores han señalado que estos pueden ser considerados como actos administrativos de gravamen, es decir, como sanciones pura y simplemente¹⁰⁸, otros, en cambio, mencionan que los impedimentos de ingreso no imponen obligaciones, deberes o prohibiciones, sino que simplemente establecen condiciones de acceso y como tal, no son constitutivos de sanciones administrativas¹⁰⁹.

Estos impedimentos permiten negar el ingreso de un extranjero al territorio nacional y se dividen en prohibiciones imperativas y facultativas. Respecto a las primeras, la autoridad está obligada a aplicarlos¹¹⁰, mientras que a las segundas se le otorga un cierto margen de discrecionalidad. Así, dado el contexto actual del país en el que existe una notable alza de ingresos clandestinos, es importante recalcar la tercera causal imperativa del artículo 32 que establece la prohibición de ingreso al país a los extranjeros que intenten ingresar o egresar por paso no habilitado.

Denunciados por ingreso clandestino desde 2015-2021¹¹¹.

Año.	Cantidad de Denuncias.
2015	1.779 ¹¹²
2016	2.665 ¹¹³
2017	2.905 ¹¹⁴
2018	6.310 ¹¹⁵

¹⁰⁸ Feddersen. Op. Cit p. 171.

¹⁰⁹ Molina Conzue, Diego. (2021). *Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: parte general*. Revista de derecho (Valdivia), 34(1), 255-273. p. 270.

¹¹⁰ Feddersen Martínez. Op. Cit p. 171.

¹¹¹ La Policía de Investigaciones ha definido la autodenuncia, conocida también como “declaración voluntaria por ingreso clandestino”, como aquel trámite dirigido a aquellos extranjeros que han ingresado clandestinamente a Chile, a fin de ser denunciados a la autoridad administrativa. <https://pdichile.cl/tr%C3%A1mites-online/denuncia-por-ingreso-clandestino>. En la práctica migratoria, esta declaración ha sido utilizada para comenzar con el eventual proceso de regularización de las personas que hayan ingresado por pasos no habilitados.

¹¹² Del informe de Policía de Investigaciones, las tres primeras nacionalidades con mayor registro de autodenuncia corresponden a: 1) República Dominicana (1.017); 2) Colombia (347) y Bolivia (204). Vale mencionar que en ese año el registro correspondiente a la nacionalidad venezolana era de 1 autodenuncia.

¹¹³ Nuevamente, la mayor cantidad de autodenuncia corresponden a República Dominicana (1811), Bolivia (318) y Colombia (234).

¹¹⁴ Los tres mayores registros corresponden a República dominicana (1.453), Cuba (715) y Bolivia (300).

¹¹⁵ En el año 2018, en primer lugar se encuentra Cuba (3.574), República Dominicana (1.785) y Bolivia (322).

2019	8.048 ¹¹⁶
2020	16.848 ¹¹⁷
2021	18.438. (enero-mayo) ¹¹⁸

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos mediante solicitud de acceso de información¹¹⁹.

Este último supuesto es un impedimento que persigue el cumplimiento de la normativa migratoria, siendo una manifestación de la soberanía del Estado a partir de la cual puede negar el ingreso de personas que hayan infringido alguna de las exigencias que establece la ley. De esta manera, en estas hipótesis el ilícito se debe al incumplimiento de la normativa, tanto sustantiva como procedimental, cautelando con dicho impedimento que el ingreso al país se realice por pasos habilitados y con la documentación correspondiente¹²⁰.

La segunda causal consiste en el hecho de incurrir durante la permanencia en el país en alguna en alguna hipótesis de prohibición de ingreso imperativa, exceptuando el caso de padecer ciertas enfermedades determinadas por la autoridad sanitaria. En este caso, a diferencia de la antigua legislación en la cual esta causal sólo estaba circunscrita a tres causales¹²¹, la nueva ley contempla un total de ocho prohibiciones, tales como, haber sido condenado o se encuentren procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente en el extranjero, por pertenecer o financiar movimientos o grupos terroristas que se encuentren registrados en la INTERPOL; tener registrada una resolución de prohibición de ingreso o una orden de abandono o expulsión firme y ejecutoriada; haber sido condenado en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita o no haya sido efectivamente cumplida; no haber cumplido los requisitos de ingreso establecidos en la ley; entre otras.

¹¹⁶ Respecto al año 2019, comienza a incrementar notablemente el registro de Venezuela (3.333), siguiéndole Cuba (1.448) y República Dominicana (1.190).

¹¹⁷ Para el 2020, el registro autodenuncia de ingreso por paso no habilitado de personas venezolanas aumentó a un total de 12.935. Luego, encontramos un incremento en Haití (1.089) y en tercer lugar nuevamente Bolivia (844).

¹¹⁸ El presente año, contabilizando únicamente desde el mes de enero a mayo, el mayor registro de autodenuncias corresponde a Venezuela (14.373), luego Bolivia (2.076) y Colombia (686).

¹¹⁹ Solicitud de acceso a la información pública, AD010T0013188.

¹²⁰ Feddersen. Op. Cit p. 180.

¹²¹ Díaz. “Estatuto de migrantes en Chile”. Op. Cit. p. 114.

La tercera causal es el incumplimiento de la orden de abandono dentro del plazo fijado por el Director Nacional del Servicio, toda vez que tras la revocación o rechazo de un permiso de visado la autoridad debe fijar un plazo para abandonar el país. Es importante recalcar que el Decreto Ley N°1.904 consagra expresamente que si el extranjero no cumple con lo ordenado se dictara una orden de expulsión, a diferencia de la nueva regulación en la cual el artículo 91 no señala expresamente la expulsión como sanción al incumplimiento del abandono, sino que dicho incumplimiento se contempla como causal de expulsión¹²².

En cuarto lugar, se contempla el supuesto de encontrarse en Chile no obstante haya vencido el permiso de permanencia transitoria. Al igual que en el Decreto Ley se mantiene como causal de expulsión debido a que se incurre en una infracción migratoria consistente en el vencimiento del respectivo permiso¹²³.

Como quinta causal, se indica la reincidencia en el ejercicio de actividades remuneradas sin tener la autorización correspondiente o sin encontrarse habilitado para ello, habiendo sido sancionado previamente por esta misma conducta. Anteriormente, esta infracción migratoria sólo daba lugar a una multa de 1 a 50 sueldos vitales, en cambio, con la nueva causal podemos apreciar que en caso de reincidencia se configura una causal de expulsión¹²⁴.

La sexta y última causal, establece el hecho de realizar declaraciones falsas, adulteraciones o falsificación de documentos al efectuar cualquier gestión ante las autoridades o para obtener un beneficio migratorio. Esta es una figura que se contempla de manera más amplia¹²⁵ que en el Decreto Ley, puesto que en este último solo se señalaba el hecho de realizar declaraciones falsas.

Una vez finalizado el desarrollo de las causales expuestas, se debe señalar que el artículo 130 consagra la prohibición de expulsiones colectivas estableciendo que los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva, debiéndose analizar y decidir cada caso en forma individual.

Nos encontramos frente a una expulsión colectiva en el caso que exista una decisión que no desarrolle un análisis objetivo de las circunstancias individuales del extranjero, deviniendo en

¹²² Idem.

¹²³ Ibid. p. 115.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Idem.

arbitraria¹²⁶. Siguiendo el artículo 22 de la CADH estas se encuentran prohibidas en el Derecho Internacional, por lo que constituyen una infracción grave a las obligaciones internacionales de los Estados¹²⁷. Además, es importante recalcar que el carácter “colectivo” no se justifica en el número de extranjeros objeto de la decisión¹²⁸, sino en que no se realice un análisis objetivo de las circunstancias individuales¹²⁹.

En este sentido, se debe evaluar las circunstancias personales de cada extranjero, lo cual significa que como mínimo se debe identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su condición migratoria¹³⁰. A su vez, el hecho de considerar dichas circunstancias¹³¹ permite establecer los argumentos contra la expulsión para que esta pueda ser sometida a revisión ante la autoridad competente¹³².

Por tanto, la prohibición de la expulsión colectiva “en la medida que presupone la realización de un examen objetivo y razonable de la situación individual del extranjero, dota de eficacia al principio de no devolución”¹³³ y establece un límite reconocido en la aplicación de las políticas migratorias para garantizar el respeto de la dignidad humana, independientemente de la condición jurídica del migrante¹³⁴.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Nadage Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2021. párr. 171.

¹²⁷ Ricke, Tomas (2020). *La (des)protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional*. Anuario de Derechos Humanos. Vol. 16 núm. 2. págs-281-410. p. 393.

¹²⁸ Así, la expulsión de un número importante de personas no está prohibida, siempre que el Estado considere individualmente las causas de expulsión respecto de cada uno. Por otro lado, la expulsión de un pequeño grupo de personas puede considerarse colectiva si el estado no tiene en consideración las circunstancias personales. Arlettaz. “*Expulsión de extranjeros y derecho de asilo*”. Op. Cit. p. 25.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs República Dominicana Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No 282. párr. 361.

¹³⁰ Díaz, Regina (2020). *Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno*. Estudios Constitucionales, Vol. 18 n°1. págs. 309-352. p. 319.

¹³¹ En carta dirigida al Relator especial de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas Migrantes de parte de profesionales de organizaciones que brindan asistencia jurídica a personas migrantes se señaló que el presente año las autoridades migratorias han dispuesto la expulsión colectiva de personas migrantes, en su mayoría venezolanas, a quienes se les notificaron resoluciones de expulsión idénticas, sin un análisis individualizado de cada caso. De esta manera, si bien existieron decisiones individuales, el texto de las órdenes de expulsión era el mismo en todas las resoluciones y la única diferencia era el cambio de nombre de cada persona, la fecha y el lugar de ingreso. Por tanto, el Estado chileno, realizó procedimientos en los cuales se evidencia la falta de un análisis correspondiente. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2021/04/Carta-UNSR-Felipe-Gonz%C3%A1lez-con-firmas.pdf>

¹³² Arlettaz. “*La expulsión de extranjeros en el Pacto*” Op. Cit. p 34.

¹³³ Galdámez Zelada, L.; Lages de Oliveria, R.; y López Garrido, V. (2016) *Migración y derechos humanos: Informe temático 2016*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142236>.

¹³⁴ Díaz. (2020). *Aplicación de los estándares interamericanos*”. Op. Cit. p. 319.

Como último punto, es menester desarrollar la figura de la reconducción o devolución inmediata consagrada en el artículo 131 de la nueva ley. El primer inciso de dicha norma contempla la situación del extranjero que ingrese mientras se encuentre vigente la orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso. En este supuesto, nos encontramos con la ejecución forzosa de un acto administrativo previo consistente en la prohibición de entrada¹³⁵. En el inciso segundo, se establece el supuesto en que el extranjero sea sorprendido por la autoridad contralora intentando ingresar eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados.

En ambos casos, la persona será reembarcada de inmediato o devuelta a la frontera y en el caso de tener una orden de expulsión o prohibición de ingreso el extranjero podrá ser devuelto a su país de origen¹³⁶. Sumado a esto, la norma establece que respecto al extranjero que sea sorprendido intentando ingresar al país eludiendo el control migratorio, se establecerá una prohibición provisoria de seis meses.

De lo anteriormente desarrollado, podemos concluir que el Estado al momento de dictar un acto de expulsión debe respetar las exigencias mencionadas. Así, si bien son diversos los supuestos que pueden dar cabida a que una persona migrante deba abandonar el país, se deberá respetar los límites señalados y sobre todo realizar un análisis objetivo e individual de las circunstancias de cada persona.

IV. CAPÍTULO CUARTO: ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY N°21.325.

Teniendo en consideración el concepto, naturaleza, límites y las causales de la expulsión administrativa de extranjeros conforme a lo dispuesto en la Ley N° 21.325, cabe realizar en este capítulo un análisis de las disposiciones que regulan el procedimiento de expulsión. Asimismo, se debe de atender a la legislación que regula supletoriamente dicho procedimiento, esto es la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado.

¹³⁵ Fernández. Op. Cit. p. 213.

¹³⁶ Feddersen. Op Cit. p. 194.

1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EXPULSIÓN.

Como se ha señalado en los capítulos anteriores, si bien al Estado se le reconoce el derecho soberano de expulsar, dicho acto debe ser dictado conforme a un debido proceso de acuerdo a los estándares de Derecho Internacional, respecto al cual la Corte IDH ha reiterado en múltiples ocasiones que resulta aplicable tanto a los procedimientos judiciales como administrativos¹³⁷. En este sentido, el acto de expulsión debe ser dictado en un procedimiento en el que se respeten una serie de garantías que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares que figuran como interesados en un procedimiento seguido por la Administración del Estado¹³⁸.

En la nueva Ley de Migración y Extranjería el derecho al debido proceso encuentra consagración en el artículo 21 que establece “El Estado asegurará a los extranjeros la igual protección de los derechos establecidos en la ley, la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En especial, deberá asegurar un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley, de conformidad con los derechos y garantías que les confiere la Constitución Política de la República, con especial consideración a lo dispuesto en el número 3 de su artículo 19, y deberá arbitrar los medios necesarios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a aquellos extranjeros que no puedan procurárselos por sí mismos, y los Tratados Internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes”.

En este sentido, la Ley N° 21.325 asegura a los extranjeros una serie de derechos y garantías, que conforman el debido proceso, aplicables al procedimiento administrativo de expulsión y cuya fuente se encuentra tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. De esta forma, a nivel constitucional se consagra el derecho a la defensa jurídica, el derecho a la asistencia letrada y el derecho a un juez predeterminado por la ley, a lo cual deben agregarse las garantías que reconocen en los tratados internacionales¹³⁹, tales como el derecho a ser oído; el derecho a ser asistido por un traductor o intérprete; derecho a ser informado del porqué de la acusación y de los derechos que le asisten; la

¹³⁷ Lawson y Rodríguez. Op Cit. p. 227.

¹³⁸ Ibid. p. 315.

¹³⁹ Las garantías y derechos que conforman el debido proceso se encuentran consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; el derecho a ser notificado de la orden de expulsión; el derecho a la protección y asistencia consular; y el derecho a recurrir del fallo.

Dicho lo anterior, cabe remitirse a las normas del procedimiento de expulsión de la nueva Ley de Migración y Extranjería con el objeto de realizar un examen de su contenido.

a) Normas que regulan el procedimiento de expulsión en la Ley N° 21.325.

El artículo 127 en concordancia con el artículo 132, establecen que la medida de expulsión será impuesta por la autoridad correspondiente, es decir, el Director Nacional del Servicio Nacional de Migraciones, quien a su vez podrá delegar esta facultad en los Directores Regionales cuando se trate de titulares de permanencia transitoria.

Antes de dictar una orden de expulsión el Servicio debe considerar, en su fundamentación, ciertos supuestos establecidos en el artículo 129¹⁴⁰, tales como, la gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión, los antecedentes delictuales del sujeto, la reiteración de infracciones migratorias, el periodo de residencia regular en Chile, tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en Chile¹⁴¹ considerando el interés superior del niño y la contribución del extranjero en nuestro país.

En este sentido, se puede observar que no hay una aplicación imperativa de la medida, sino que siempre debe existir la ponderación de los hechos que configuran la causal y su respectivo contexto, de conformidad a los parámetros anteriormente señalados. De esta forma, la medida no solo se basa en fundamentos legales, sino que también será razonable, es decir, idónea, necesaria y promocional, con lo cual su aplicación se condice de mejor forma a los estándares internacionales¹⁴².

Junto a lo anterior, la consagración expresa en el artículo 130 de la prohibición de realizar expulsiones colectivas es otro elemento de armonización con el Derecho Internacional, ya que como

¹⁴⁰ Con la norma en cuestión se codificaron algunas decisiones judiciales de la Corte Suprema en donde se revocó la medida de expulsión al tener en cuenta similares antecedentes. Feddersen. Op. Cit. p. 194.

¹⁴¹ Además, se considera la edad de los hijos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de la familia, con especial relevancia en la consideración de los principios de la unidad familiar, el interés superior del niño y su derecho a ser oído.

¹⁴² Díaz. “Estatuto de migrantes en Chile”. Op. Cit. p. 160.

se mencionó en los acápites anteriores se debe analizar cada caso de manera individual, incluso si se trata de la familia de la persona sujeta a una medida de expulsión¹⁴³.

El artículo 132 regula la forma de disponer la medida de expulsión, que como se mencionó, será impuesta por el Director del Servicio o el Director Regional. Sin embargo, se establece que de manera excepcional y en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior, podrá el Subsecretario del Interior mediante resolución fundada decretar la expulsión de personas extranjeras¹⁴⁴. Esta última norma establece además que, el extranjero tiene un plazo de 10 días para presentar sus descargos respecto de la causal de expulsión invocada y la posibilidad de designar un mandatario que lo represente en defensa de sus derechos laborales y/o previsionales o en el cumplimiento de sus obligaciones.

Una vez decretada la expulsión, esta se puede ejecutar de dos maneras dependiendo de si existió o no orden de abandono previo y el lugar en que se encuentra la persona. Si la orden de abandono se encuentra firme y ejecutoriada y la persona no egresó del país, encontrándose notificada dicha circunstancia en la resolución que ordenó el abandono, se procederá a materializar la orden de expulsión. Por lo contrario, en caso de no existir una orden de abandono, previo a dictarse la orden esta deberá ser notificada conforme al artículo 147¹⁴⁵.

Esto último significa que la medida de expulsión será notificada por la policía, informando en el acto de notificación los derechos y obligaciones que tiene el afectado. Además, se informará de los recursos judiciales que le asisten, para lo cual se señalará la autoridad ante quien debe deducirlo, los plazos, y la ubicación y horario de atención de la Corporación de Asistencia Judicial que le corresponda.

Siguiendo con el procedimiento, la ley establece que las medidas de expulsión podrá ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento por la misma autoridad que la dictó, exceptuando el caso de aquellos extranjeros que hayan sido condenados por sentencia firme y ejecutoriada de los delitos que merezcan pena aflictiva señalados en el artículo 32 N°5, tales como,

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Feddersen. Op. Cit. p. 215.

¹⁴⁵ Ibid. p. 216.

tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, lavado de activo, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, homicidio, femicidio, entre otros delitos.

Como último punto, según el artículo 134 cuando la resolución que ordena la expulsión se encuentre firme y ejecutoriada, podrá someterse al afectado a restricciones y privaciones de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de 48 horas. Esta solo podrá practicarse en el domicilio del afectado o en dependencia de la Policía que deberá contar con ciertas medidas de separación y salud. Además, se establecen garantías mínimas de resguardo a los extranjeros privados de libertad todos en armonía con los estándares internacionales: comunicación con familia y representantes legales o consulares, información sobre sus derechos, recibir asistencia médica de ser necesario y contar con intérprete¹⁴⁶.

Por otro lado, se debe señalar el procedimiento de devolución o reconducción inmediata. En el supuesto que un extranjero sea devuelto o reconducido por haber ingresado al país mientras se encuentre vigente la resolución que ordenó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso, no se necesitará que se dicte una nueva resolución y la policía podrá proceder a su devolución de forma inmediata¹⁴⁷. Sin embargo, respecto a los extranjeros que sean sorprendidos por la autoridad contralora intentando ingresar eludiendo el control migratorio, para que proceda la reconducción o devolución inmediata los extranjeros deben ser interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, pues si el *intento de ingreso* se considera como un supuesto anterior al haber ingresado al país, significa que quien ya ingresó no puede ser devuelto sino expulsado con las garantías que esto significa¹⁴⁸.

Por lo anterior, es fundamental establecer cuando se produce la entrada al territorio nacional, ya que aquel supuesto marcará la distinción entre intentar ingresar o haber ingresado y, por tanto, la diferencia entre devolución -aplicada solo a los casos que se pretenda entrar, esto es cuando crucen la línea fronteriza- y la expulsión -cuando el extranjero se encuentra dentro del territorio y no en las inmediaciones de las fronteras-¹⁴⁹.

En definitiva, se observa un gran avance en la nueva legislación en términos de que sus disposiciones consagran la mayor parte de los derechos y garantías mencionadas dentro del proceso

¹⁴⁶ Díaz. “Estatuto de migrantes en Chile”. Op. Cit. p. 160.

¹⁴⁷ Feddersen. Op. Cit p. 195.

¹⁴⁸ Fernández. Op. Cit. p. 214.

¹⁴⁹ Idem.

administrativo de expulsión, en contraste a la Ley de Extranjería, que más bien dejaba un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad. En concreto, el artículo 132 de la nueva ley asegura los derechos a ser notificado, a presentar sus descargos, a la asistencia letrada y además, el artículo 134 consagra el derecho a ser informado cuanto antes de la medida y acerca de los derechos y obligaciones, el derecho a la asistencia consular, y el derecho a un intérprete; no obstante, cabe señalar que nada se dice acerca de medios probatorios para la defensa del afectado y resulta especialmente criticable que este último artículo que dispone la privación de libertad del extranjero con una orden de expulsión, punto que será abordado en la sección segunda del presente capítulo.

b) Aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 en el procedimiento administrativo de expulsión.

En segundo lugar, cabe señalar que al procedimiento regulado en la Ley N° 21.325 - en cuanto se trata de un procedimiento administrativo especial- se le debe aplicar supletoriamente lo dispuesto LBPA. De acuerdo al artículo 4 de LBPA, los procedimientos administrativos deben estar sometido a “los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad”. En concordancia, nuestra jurisprudencia ha señalado que la decisión de expulsar a un 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 mencionados¹⁵⁰.

Por lo demás, resulta relevante mencionar que el acto de expulsión, en cuanto se trata de una sanción administrativa, debe guiarse por los principios procedimentales del derecho administrativo sancionador. Siguiendo esta línea, si bien “el debido procedimiento administrativo sancionador proviene del debido procedimiento administrativo”¹⁵¹ y, en consecuencia, se rige por las normas de la LBPA, el primero se diferencia en que se acerca más al derecho penal, y por ello se ha entendido que es necesario que se aseguren al afectado mayores garantías para defenderse frente a la Administración.¹⁵² Al respecto, la doctrina ha señalado que aunque la LBPA garantiza un debido procedimiento sancionador, a la vez este debe ser interpretado sistemáticamente de acuerdo a las

¹⁵⁰ Corte Suprema, Rol N° 36.795-2020, de fecha 7 de junio de 2021.

¹⁵¹ González, Joaquín (2018). “*El debido proceso en el procedimiento administrativo migratorio*”. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/153350>. p. 34.

¹⁵² Ibid.

especiales características de este último, que obedecen a criterios especiales contenidos en la CPR¹⁵³, particularmente los “principios constitucionales del orden penal matizados”¹⁵⁴ como los principios de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de presunción de inocencia y el principio non bis in ídem. Por ello, se ha señalado que “sus especificaciones y adecuaciones de detalle corresponderán ser desarrolladas reglamentariamente como sistematizadas por la doctrina y la jurisprudencia”¹⁵⁵.

2. PROBLEMAS PARTICULARES DEL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN.

Como mencionamos anteriormente, si bien la nueva legislación constituye un avance en materia migratoria, toda vez que consagra diversos derechos y garantías y un procedimiento explícito antes de emitir una orden de expulsión- a diferencia de lo que ocurre en el Decreto Ley que nada dice y se remite únicamente a las normas supletorias de la Ley N°19.880¹⁵⁶- existen ciertos matices en el proceso de expulsión que pueden ser cuestionados.

En el artículo 134 de la Ley N° 21.325 se observa un problema en cuanto al derecho al debido proceso. Resulta criticable que dicho artículo disponga que una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de libertad por un plazo máximo de 48 horas, puesto que ante una infracción de naturaleza puramente administrativa se restringe la libertad ambulatoria sin la intervención de un tribunal, yendo en contra de la regla general aplicada en nuestro ordenamiento en cuanto necesariamente se requiere de autorización judicial¹⁵⁷.

En concordancia a lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado que “infringe lo dispuesto en el artículo 19, números 1° y 7°, de la Constitución desde que se trata de un verdadero apremio ilegítimo, al importar una pena privativa de libertad impuesta por la vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación”¹⁵⁸.

¹⁵³ Idem. p. 40.

¹⁵⁴ Molina. “Régimen de sanciones administrativas”. p. 260.

¹⁵⁵ Quezada, Flavio. (2017). *Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880*. Santiago: Editorial Librotecnia. p. 70.

¹⁵⁶ Feddersen. Op. Cit p. 205.

¹⁵⁷ Mayorga, Ramón (27 de julio de 2021). “La nueva legislación migratoria chilena en contexto: un “estatuto de excepción para el ejercicio de derechos de las personas migrantes”, Mesa 1: “Derechos de personas migrantes” en Ciclo Accesos a Derechos y Nueva Ley de Migraciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=swsJfXsoKzI>.

¹⁵⁸ Tribunal Constitucional. Rol N°1.518, de fecha 21 de octubre de 2010.

Asimismo, en torno al caso *Vélez Loor VS. Panamá* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha establecido que “los Estados deben adoptar medidas que aseguren a los migrantes derechos a la libertad, al debido proceso y al acceso a la justicia”¹⁵⁹, en consecuencia, la privación de libertad en materia de expulsión sólo debe aplicarse “cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto” a fin de asegurar el cumplimiento de la medida¹⁶⁰. Si es el caso, indica que aquella debe ser revisada por la autoridad judicial correspondiente¹⁶¹, a fin de que efectivamente exista un control sobre los actos administrativos que afectan derechos fundamentales de los migrantes¹⁶².

Dicho lo anterior, se infiere que la norma no es concordante con la jurisprudencia nacional e internacional, y por lo demás no guarda congruencia con el principio de no criminalización consagrado en la nueva legislación migratoria, ya que, no obstante establecer que la migración irregular no constituye un delito, se aplica una medida generalmente reservada a procesos penales debido a su intensidad y con menores garantías que este último, en cuanto no se requiere de la autorización de un juez que determine si efectivamente se han cumplido los presupuestos legales para su ejecución.

Por otro lado, una de las problemáticas se relaciona con la devolución o reconducción inmediata, ya que antes de adoptar esta medida es imprescindible que se proceda a oír a los interesados para que puedan alegar, plantear sus pruebas o expresar ciertas causas que conlleven a la suspensión de la devolución¹⁶³. La nueva legislación si bien contempla el derecho a ser oído, este hace referencia a su ejercicio ante la autoridad contralora lo cual puede conllevar una vulneración a diversos derechos de los extranjeros, específicamente al de solicitar protección internacional.

En este sentido, se entiende que la Policía De Investigaciones estará facultada a reembarcar o reconducir inmediatamente al paso fronterizo por el cual la persona haya intentado ingresar. Este fenómeno es conocido en el derecho migratorio internacional como “*devoluciones en caliente*”, las cuales son ampliamente criticadas por entregar un espacio de total discrecionalidad, sin sujetar a la autoridad administrativa a un control efectivo, y constituyen un grave riesgo para la vulneración de los derechos

¹⁵⁹ De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel (2013). “*El artículo 3 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras*”. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. p. 1646.

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Vélez Loor VS. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2021. párr. 171.

¹⁶¹ Idem. párr. 105.

¹⁶² Idem. párr. 126.

¹⁶³ Fernández. Op. Cit. 216.

de las personas migrantes, tales como a su derecho a defensa o su derecho a solicitar refugio conforme al DIDH¹⁶⁴.

Además, podrían existir ciertas problemáticas en las cuales el intento de ingreso sea entendido más allá de lo que precisamente significa, devolviendo a personas respecto a las cuales corresponde una expulsión y no una devolución o reconducción inmediata. Sumado a lo anterior, se plantean ciertas dudas respecto de la compatibilidad de la reconducción con el principio de no devolución o non refoulement consagrado en la nueva ley y en la CADH.¹⁶⁵ En este sentido, la Corte IDH ha afirmado que “es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida 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 encuentre”¹⁶⁶.

En esta misma línea, un fallo reciente de la Corte Suprema se ha pronunciado acerca de la expulsión de extranjeros en condición de refugiados, señalando que en casos como este resultan aplicables los principios de Derecho Humanitario Internacional, tales como el de no devolución y no rechazo en la frontera, independientemente de que “*haya sido o no reconocida la condición de refugiados, hayan ingresado o no regularmente al territorio nacional*”¹⁶⁷.

Finalmente, si bien la devolución inmediata es la ejecución forzosa de un acto administrativo previo, esto no significa que los actos materiales de ejecución que limiten los derechos de los particulares no requieran de una resolución previa que le dé fundamento¹⁶⁸, por tanto, el hecho de que no se necesite que a su respecto se dicte una nueva resolución podría generar ciertos cuestionamientos si no se fundamenta suficientemente la primera orden¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Pascual, Tomás. (2021). “Nueva Ley de Migraciones en Chile: avances y retrocesos”. Revista del Abogado, N°80, Julio 2021. p.28

¹⁶⁵ En este sentido, el Director de Incidencia del Servicio Jesuita a Migrantes, señor Juan Pablo Ramacciotti, aclara en el informe de Comisión de Derechos Humanos que la devolución no puede ser inmediata y que debe existir siempre resolución, aunque exista una previa. Francisca Vargas y Macarena Rodríguez, indicaron que la norma, en sus propios términos, sería contraria a un debido proceso, y además podría afectar el principio de no devolución. Biblioteca Congreso Nacional, “Historia de la Ley N° 21.325”. Op. Cit. págs. 136 y 384.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Familia Pacheco Tineo V.s. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia 25 de noviembre de 2013, párr 135.

¹⁶⁷ Corte Suprema, Rol N° 36.795-2021, de fecha 7 de junio de 2021.

¹⁶⁸ Bermudez. Op. Cit. p. 159.

¹⁶⁹ Feddersen. Op. Cit p. 195.

Recapitulando lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en cuanto al procedimiento administrativo de expulsión se consagran una serie de derechos y garantías, constituyendo un gran avance en materia migratoria en comparación al Decreto Ley 1.904, no obstante, resulta preocupante el hecho de que se disponga la privación de libertad en cuanto se trata meramente de una sanción administrativa y el procedimiento aplicable a la reconducción o devolución de inmediata. Por lo anterior, se deberá estar al reglamento y a la aplicación de las normas en cada caso en concreto para dilucidar si efectivamente el procedimiento establecido asegura el respeto del debido proceso y una mejor adecuación y protección de los derechos fundamentales de los migrantes afectos a una medida de expulsión.

V. CAPÍTULO QUINTO: CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN.

En el presente capítulo se desarrollará la discrecionalidad con la que cuenta la Administración del Estado toda vez que uno de los aspectos más criticados en la nueva legislación por parte de académicos, organizaciones e incluso senadores durante la tramitación del proyecto de ley, es el amplio margen de actuación que se le otorga a la autoridad migratoria en diversos aspectos, especialmente en lo que respecta a la reconducción en la frontera y al ingreso y permanencia de extranjeros, lo que eventualmente es de gran incidencia al momento de dictar o no una orden de expulsión. Debido a lo anterior, es necesario contar con un efectivo control sobre los actos de la autoridad administrativa, por lo que se desarrollará tanto el control administrativo como judicial.

1. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La discrecionalidad administrativa es entendida como aquella “facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado”, para que este órgano, “frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria”¹⁷⁰. Por lo demás, aquella relativa libertad decisional que se le confiere a la autoridad es considerada fundamental para la materialización de los fines del Estado, lo que legitima su actuación¹⁷¹.

¹⁷⁰ Arancibia, Jaime (1996). “Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección”. Revista de Derecho Público, págs. 99-124. p. 99.

¹⁷¹ Mora, Reynaldo (2012). “El concepto de discrecionalidad administrativa en el quehacer de la administración pública”. Revista Justicia Juris Vol. 8 N° 1, págs. 92-105. p. 96.

En este sentido, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, la Corte IDH ha indicado que aquellas deben realizarse en respeto a los Derechos Humanos de las personas migrantes¹⁷², los que deben mediar como un “estándar de razonamiento” y como un “elemento sustantivo para analizar la proporcionalidad de la medida”¹⁷³. Esto último se expresa en la motivación del acto, determinando de esta manera si la actuación estatal resulta jurídicamente admisible.

No obstante, en la práctica eventualmente las amplias atribuciones discrecionales de la autoridad pueden dar lugar a actos arbitrarios, afectando los derechos de extranjeros, especialmente los que dicen relación con “discriminaciones de jure y de facto”¹⁷⁴. Frente a aquello, resulta fundamental que la legislación disponga de medios que permitan un control del actuar administrativo, ya que toda decisión administrativa, por discrecional que sea, debe ser susceptible de control en cuanto a su legalidad, juridicidad, razonabilidad y proporcionalidad¹⁷⁵.

Dentro de este marco, el artículo 131 de la Ley N° 21.325 ha sido objeto de una serie de críticas por el total espacio de discrecionalidad que se le otorga a la autoridad fronteriza para la reconducción o devolución de extranjeros. Así, como se mencionó anteriormente, la policía de la frontera está facultada para detener al extranjero que sea descubierto ingresando por un paso habilitado al territorio nacional, quedando a su arbitrio la decisión de que sea devuelto o no su país de origen o de procedencia¹⁷⁶.

Esta disposición establece que al momento de decidir la reconducción, el extranjero tendrá derechos como: el ser oído por la autoridad contralora previo a la ejecución de la medida; el ser informado del procedimiento y de los recursos procedentes; el derecho a comunicarse con sus familiares que se encuentren dentro del territorio nacional; y el de ser asistido por un intérprete.

Sin embargo, el gran problema es que no existen garantías de que efectivamente aquellos derechos sean respetados por parte de la autoridad fronteriza atendiendo a que la decisión de

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. parr. 97

¹⁷³ Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2017). “*Los Usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile*”. Santiago de Chile: Estudios constitucionales, V. 15, n. 1, págs. 15-54. p. 40.

¹⁷⁴ Molina Conzué, Diego (2018). “*Discrecionalidad administrativa e igualdad ante la ley en materia migratoria*”, en Actas de la I Biental Latinoamericana de Derechos Humanos”. p. 6.

¹⁷⁵ *Ibid.* p. 277.

¹⁷⁶ Pascual. Op. Cit. p. 28.

reconducción es tomada en zonas desérticas, en donde no se encuentran más personas, circunstancias que sumadas a las facultades que la ley entrega a la autoridad propician situaciones de arbitrariedad, discriminación y en las que en definitiva no se respeta el debido proceso. Aún más preocupantes son las consecuencias que podría acarrear dicha vulneración en personas que han sido víctimas de trata o solicitantes de refugio, toda vez que son resueltas por la autoridad en un corto espacio de tiempo a pesar de tratarse de situaciones que se desarrollan en escenarios tremendamente complejos.

En este sentido, como se ha mencionado anteriormente las “devoluciones en caliente” son conocidas en el derecho internacional por no asegurar a los afectados el ejercicio efectivo de una serie de derechos, por lo que conforme al contenido del artículo 131 fácilmente podrían generarse situaciones en las que lo consagrado en el texto no sea respetado en la práctica.

Frente a este escenario resulta aún más apremiante que las decisiones de la autoridad fronteriza sean sometidas a un control efectivo, tanto administrativo como jurisdiccional, no obstante, como se verá más adelante las disposiciones de la Ley N° 21.325 no hacen posible que el extranjero recurra inmediatamente de la resolución que dispone su reconducción.

En un segundo plano, se ha cuestionado la discrecionalidad otorgada a la Administración conforme a los artículos 29 y 33 de la ley, puesto que aquella podría dar lugar a decisiones arbitrarias en cuanto al ingreso y permanencia de extranjeros y consecuentemente su expulsión. En primer lugar, el artículo 29 dispone que excepcionalmente se autorizará la entrada de extranjeros que no cumplan los requisitos por causales de índole humanitaria, las cuales serán establecidas mediante resolución de la Subsecretaría. Durante la tramitación de la ley se señaló que hubiera sido preferible que las causales fueran establecidas en la misma ley con el objeto de evitar todo riesgo de discrecionalidad por parte de la autoridad¹⁷⁷. En segundo lugar, el artículo 33 establece que podrá impedirse el ingreso de extranjeros que realicen declaraciones, ejecuten actos o porten elementos que constituyan “*indicios*” de que se disponen a cometer un crimen o simple delito, lo que en definitiva se traduce en una cláusula abierta que entrega un espacio amplio de discrecionalidad a la autoridad migratoria y de las fronteras en cuanto al ingreso de extranjeros¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Biblioteca Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 21.325*. Op. Cit. p. 148.

¹⁷⁸ Feddersen Martínez. Op. Cit p. 177.

En este sentido, dichas situaciones contempladas en la ley y especialmente lo que respecta a la orden de expulsión y a la reconducción inmediata, hacen evidente la necesidad de contemplar diversos medios que permitan un control administrativo y judicial efectivo sobre los actos de la autoridad migratoria y en definitiva se evite reducir a los extranjeros a meros objetos de un procedimiento burocrático que los excluya como sujetos de derecho¹⁷⁹.

2. CONTROL ADMINISTRATIVO.

El control de la Administración del Estado supone “la existencia de instancias de revisión de sus actuaciones materiales y jurídicas para verificar su ajuste a la juridicidad”¹⁸⁰. De las diversas formas en las que este se puede manifestar, lo que interesa en el presente apartado es el control administrativo interno dado que el control externo realizado principalmente por la Contraloría General de la República, en tanto “órgano de la administración del Estado cuya principal y exclusiva función es la de fiscalizar la legalidad de los actos del resto de los órganos administrativos”¹⁸¹, es un tema cuyo estudio no será abordado en el presente trabajo, ya que por su relevancia y extensión es susceptible de ser abordado en una futura investigación.

El control administrativo interno es aquel efectuado por la propia Administración al momento de conocer de los recursos administrativos u otras vías de impugnación¹⁸². El título X de la Ley de Migración y Extranjería establece en su artículo 139 la posibilidad de que aquel extranjero afectado por alguno de los actos y/o resoluciones de la presente ley, exceptuando la medida de expulsión, interponga los recursos establecidos en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

Así, si bien la nueva ley “contempla vías de reclamación administrativa para cada uno de los actos administrativos que limitan la libertad de circulación de los extranjeros en Chile”, respecto a los cuales también se puede interponer los recursos administrativos de la LBPA (recurso de invalidación, reposición, jerárquico y extraordinario)¹⁸³, se debe realizar una precisión en cuanto a la orden de expulsión considerando lo establecido en el artículo 139. Esta disposición estableció que el extranjero afectado por este acto no podrá interponer los recursos de la Ley N° 19.880. No obstante, y a pesar

¹⁷⁹ Roca, Santiago (2017). “*El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina*”. Revista IIDH N° 65, Págs. 215-280. p. 236.

¹⁸⁰ Bermúdez. Op. Cit. p. 478.

¹⁸¹ Ibid. p. 488.

¹⁸² Ibid. p. 481.

¹⁸³ Díaz. “*Estatuto de migrantes en Chile*”. Op. Cit. págs. 149-150.

de que los órganos administrativos rara vez están dispuestos a enmendar sus actos, es cuestionable que no exista la posibilidad de que la Administración reexamine la decisión y detecte algún error o inconsistencia¹⁸⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la nueva ley contempla una instancia administrativa de reclamación. El artículo 132 en cuanto a la forma de disponer la medida de expulsión señala que notificado el afectado por correo electrónico, indicándose los motivos que fundamenten tal decisión, tendrá diez días para presentar sus descargos¹⁸⁵ respecto a la causal invocada.

Por otro lado, respecto a las medidas de reconducción, el artículo 131 establece que estas “serán recurribles *desde el exterior* ante el Servicio, mediante presentación efectuada por el extranjero ante los consulados chilenos, desde donde se hará llegar a éste. El plazo para presentar el recurso será de quince días, a contar del momento de la notificación de la medida. Con todo, la interposición de este recurso *no suspenderá la aplicación de la resolución* de reconducción. Ello, sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan.” (énfasis agregado)

Como se observa, la interposición del recurso no suspenderá la aplicación de la resolución de reconducción, es decir, la devolución será llevada a cabo inmediatamente sin ningún tipo de revisión administrativa o judicial. No obstante, es necesario considerar que la suspensión trata de evitar que la resolución carezca de sentido y que los perjuicios desde el punto de vista personal, familiar, económico y los producidos por la demora de la Administración en resolver recursos se vuelvan irreparables¹⁸⁶.

La resolución será recurrible desde el exterior ante el Servicio mediante presentación efectuada por el extranjero ante los consulados chilenos, en un plazo de 15 días desde que se notifica la medida. Esta disposición sólo habilita al afectado para presentar el recurso administrativo indicado una vez que la medida de devolución o reembarco ya haya sido ejecutada y con posterioridad a que la persona afectada ya haya sido devuelta¹⁸⁷.

Por tanto, se dificulta la revisión administrativa de la medida en caso de que esta carezca de fundamento legal o sea arbitraria, por ejemplo, en aquellos casos que los tribunales superiores de justicia hubieran dejado sin efecto una medida de expulsión vigente al resolver un recurso de amparo,

¹⁸⁴ Valdivia. Op. Cit. p. 329.

¹⁸⁵ Díaz. “*Estatuto de migrantes en Chile*”. Op. Cit. p. 150.

¹⁸⁶ Batuecas, Juan Manuel (2009). “*La expulsión del extranjero en la legislación española*”. Alicante: Club Universitario. p. 98.

¹⁸⁷ Biblioteca Congreso Nacional. “*Historia de la Ley N° 21.325*”. Op. Cit. p. 1210.

sin que la autoridad administrativa hubiese acatado esta decisión o no hubiera tenido conocimiento de la decisión judicial respectiva¹⁸⁸.

3. CONTROL JUDICIAL.

Desarrollado el punto anterior, en lo que respecta el presente apartado es menester ahondar en el nuevo contencioso-administrativo especial que regula la Ley N°21.325. El artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República consagra la tutela judicial respecto de los actos de la Administración¹⁸⁹. Esta norma establece que cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley.

La tutela judicial hace referencia a la competencia jurisdiccional para ejercer un control de las decisiones de los órganos de la administración del Estado cuando sus actuaciones infringen o vulneran derechos¹⁹⁰. Aquella encuentra su fundamento en el deber estatal de protección de garantías y derechos constitucionales de todas las personas, protección que encuentra su fuente normativa en el artículo 19 N°3¹⁹¹ y 76 de la CPR¹⁹².

Ahora bien, en cuanto a la efectividad de dicha tutela, “la garantía de la tutela jurisdiccional no puede detenerse en la teórica posibilidad de acudir a los tribunales, sino que el control judicial debe ser efectivo y real”¹⁹³, toda vez que aquel constituye uno de los rasgos esenciales e incluso trascendental del Estado social y de Derecho, ya que solo en la medida que exista un control efectivo existirá un mayor respeto de las libertades y derechos constitucionales de los administrados y regirán plenamente los principios de legalidad, separación de funciones, entre otros¹⁹⁴.

Así las cosas, en un Estado de Derecho el control del ejercicio del poder público del cual emanan los actos administrativos le corresponde en definitiva a los tribunales de justicia.¹⁹⁵ El artículo 141 regula el recurso judicial del cual dispone el extranjero sujeto a una medida de expulsión y señala

¹⁸⁸ Biblioteca Congreso Nacional. “*Historia de la Ley N° 21.325*”. Op. Cit. págs. 1210-1211.

¹⁸⁹ Bermúdez. Op. Cit. p. 530.

¹⁹⁰ Osorio, Cristóbal y Viches, Leonardo. (2020). “*Derecho administrativo. Tomo I. Conceptos y principios*”. Santiago: Der Ediciones. p. 364.

¹⁹¹ Este artículo asegura a todas las personas la igual protección en el ejercicio de sus derechos, lo cual también se consagra en el artículo 13 de la nueva ley.

¹⁹² Osorio y Vilches. Op. Cit. p. 379.

¹⁹³ Bermúdez. Op. Cit. p. 532.

¹⁹⁴ Fernández. Op. Cit. p. 169.

¹⁹⁵ Bermúdez. Op. Cit. p. 523.

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 diez días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva”. Agrega que, su interposición suspenderá la ejecución de la orden y que el extranjero tendrá derecho a defensa jurídica a través de la Corporación de Asistencia Judicial.

Este recurso se contempla en mejores términos que los establecidos en el Decreto Ley 1.904¹⁹⁶, puesto que aquel es insuficiente toda vez que presenta restricciones y plazos que en la práctica lo hacen ilusorio y no hace referencia a aspectos básicos del debido proceso, tales como, información sobre el motivo de deportación o la posibilidad de acceder a asistencia consular¹⁹⁷. Con la nueva legislación (i) el afectado por una medida de expulsión puede *reclamar por sí o por cualquier persona* en su nombre, (ii) ante la Corte Apelaciones, y (iii) dentro del *plazo de diez días corridos* contado desde la notificación de la resolución respectiva.

El plazo que se establece es una excepción, puesto que la regla general es que los recursos especiales que pueden presentar los extranjeros frente a las medidas de sanción que se les aplica, contemple un plazo de días hábiles. En este sentido, si bien el plazo es superior al contemplado en el Decreto Ley 1.904, diez corridos sigue siendo un plazo muy breve considerando, por un lado, la necesidad de contar con un abogado que pueda defender al afectado ante una Corte de Apelaciones¹⁹⁸ y por otro la posibilidad efectiva de acudir y recibir asesoría por parte de la Corporación de Asistencia Judicial.

Sumado a lo anterior, además de que en un comienzo la norma reducía este plazo a 48 horas, se establecía un procedimiento breve, sumario y de *única instancia* lo cual fue objeto de una larga discusión, ya que significaba prescindir del principio de doble instancia afectando el derecho al debido proceso. Al respecto, el Tribunal Constitucional en un control preventivo de constitucionalidad, declaró que la frase “en única instancia, en cuenta” era contraria a la Constitución Política por lo que debía eliminarse del texto sometido a su control. Asimismo, la Corte Suprema en reiteradas ocasiones ha emitido su opinión en lo que se refiere a instaurar procedimientos que no queden sujetos a revisión

¹⁹⁶ El artículo 89 del Decreto Ley 1.904 establece 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.

¹⁹⁷ Díaz. “Estatuto de migrantes en Chile”. Op. Cit. págs. 171-172.

¹⁹⁸ Feddersen. Op. Cit p. 217.

por un tribunal superior, afectando con ello el derecho que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y, específicamente, la norma de la letra h) del N° 2 del artículo 8° de la CADH¹⁹⁹.

Por otro lado, como se mencionó en los acápites anteriores, la nueva ley contempla en el artículo 21 el derecho al debido proceso señalando que se deberá arbitrar los medios necesarios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a aquellos extranjeros que no puedan procurárselos por sí mismos. En concordancia, agrega el artículo 141 que los extranjeros afectados por una medida de expulsión tendrán derecho a la defensa jurídica a través de la Corporación de Asistencia Judicial quienes brindan asesoría gratuita, motivo por el cual en el acto de notificación de la orden de expulsión se debe indicar la ubicación y horario de atención de esta.

En este sentido, la asistencia judicial gratuita evita que la insuficiencia de los recursos imposibilite el efectivo acceso a la justicia²⁰⁰. Por tanto, siendo el derecho a la asistencia jurídica gratuita un complemento del derecho a la tutela judicial se constituye un gran avance respecto de los derechos de los migrantes. Sin embargo, se plantean ciertas dudas respecto del extranjero que recurra la medida de reconducción o devolución inmediata, dado que la norma que contempla dicho recurso nada dice respecto de la asistencia jurídica gratuita y, por tanto, no asegura que el extranjero pueda optar a esta asistencia, por ejemplo, en el mismo consulado en el que se presente, situación que podría constituir una vulneración para quienes deban recurrir desde el extranjero.

Por otro lado, se agrega en el artículo 142 que si el extranjero presenta alguna acción jurisdiccional en contra del Servicio este deberá abstenerse de conocer cualquier reclamación que se refiera a la misma pretensión. En efecto, aplica la regla general del Derecho Administrativo sobre el ejercicio de las acciones judiciales²⁰¹ del artículo 54 de la LBPA: “Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.”

Finalmente, se debe mencionar que sigue siendo procedente la interposición de la acción de amparo la cual puede constituir una alternativa más ventajosa para el extranjero afectado, toda vez que no contempla un plazo de interposición, sino que puede ejercerse siempre que la orden de expulsión

¹⁹⁹ Biblioteca Congreso Nacional. “*Historia de la Ley N° 21.325*”. Op. Cit. p. 50.

²⁰⁰ Fernández. Op. Cit. p. 260.

²⁰¹ Feddersen. Op. Cit p. 220.

se encuentre vigente, y, por tanto, continúe la perturbación a la libertad de circulación del extranjero a causa de la vigencia de la orden de expulsión²⁰².

A modo de cierre, en la Ley N° 21.325 se identifican ciertas disposiciones que por la amplia discrecionalidad que se le otorga a la autoridad migratoria eventualmente podrían dar lugar actos arbitrarios y discriminatorios contra las personas migrantes, especialmente en materia de ingreso y permanencia, expulsión y reconducción o devolución, frente a lo cual resulta imprescindible que la ley asegure un efectivo control administrativo y judicial sobre dichos actos.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos concluir que a pesar de que la nueva ley no contempla la posibilidad de interponer recursos administrativos contra la orden de expulsión existe una mejor adecuación a los estándares internacionales y se contempla una instancia en sede administrativa para formular descargos en contra de la medida de expulsión. Además, se regula una acción especial de reclamación que presenta considerables mejoras en diversos aspectos sumamente criticados en la anterior legislación, tales como la legitimación activa, el plazo de interposición, la doble instancia y la posibilidad de asistencia jurídica gratuita²⁰³.

²⁰² Díaz. “*Estatuto de migrantes en Chile*”. Op. Cit. p. 151.

²⁰³ Ibid. p. 172.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas precedentes podemos concluir lo siguiente:

- I. *Antecedentes de la migración.* Tras un análisis de la historia de la legislación migratoria en Chile, se llega a la conclusión que desde los inicios de la República el Estado ha intentado dirigir la migración diseñando planes migratorios con el objeto de atraer lo que se denominaban “inmigrantes deseados”. Sin embargo, dicha migración fue superada por una migración libre y espontánea, frente a lo cual se optó por establecer restricciones e impedimentos de ingreso y permanencia y disponer la expulsión de aquellos extranjeros que consideraban “indeseables” principalmente por motivos raciales, ideológicos, la existencia de antecedentes penales y la carencia de profesión u oficio. Dichos criterios se mantuvieron en las legislaciones posteriores y la Ley N° 21.325 no es la excepción, puesto que si bien constituye un avance en cuanto consagra una serie de derechos del migrante tiende a priorizar las restricciones de ingreso y permanencia por sobre estos, especialmente respecto de aquellos extranjeros considerados “indeseables” por parte del Estado.
- II. *Acto Administrativo.* La medida de expulsión como acto administrativo se encuentra sujeta a ciertos límites tanto de carácter material (motivo, fin y objeto) como de carácter formal (forma y motivación), que se traducen en verdaderas exigencias para la autoridad administrativa al momento de dictar el acto y cuyo contenido obedece a lo dispuesto en la nueva Ley de Migración y Extranjería, en el Derecho Administrativo Común, en el Derecho Administrativo Sancionador y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta forma, el acto de expulsión debe fundarse en una circunstancia de hecho que justifique su dictación y no en una mera afirmación de la autoridad; debe manifestar las razones de hecho y derecho que fundamentan la decisión; perseguir el fin previsto por la ley; ser jurídicamente posible; y ser dictado conforme al procedimiento administrativo contemplado para estos efectos, de lo contrario se trataría de un acto ilegal.
- III. *Procedimiento.* En cuanto a las normas que disponen el procedimiento de expulsión, constituye un avance el que se contemplen expresamente una serie de garantías y derechos de los extranjeros, no obstante las observaciones realizadas en cuanto a la privación de libertad. De todas formas, se debe esperar a la dictación del reglamento y a la aplicación de las normas por parte de la autoridad migratoria para dilucidar si efectivamente el procedimiento regulado asegura el respeto y la protección de un debido proceso, sobre todo si se atiende a que la

expulsión dejará de ser considerada como un delito y pasará a ser meramente una sanción administrativa cuyos procedimientos resultan ser más expeditos.

- IV. Sumado a lo anterior, es menester que las autoridades fronterizas se encuentren dotadas de la información y/o formación necesaria sobre la implementación de la nueva ley, específicamente en lo que respecta a los procedimientos de control en frontera, dado que es fundamental diferenciar entre lo que constituye un intento de ingreso y el ingreso efectivo del extranjero. Este supuesto es el que marcará la diferencia entre la procedencia de la devolución inmediata y la expulsión y, por tanto, de las garantías aplicables al caso concreto. Además, dado que la misma autoridad será quien en los casos de devolución inmediata oiga al afectado, sin la preparación adecuada podría vulnerar diversos derechos del extranjero, dando paso a vulneraciones del principio de no devolución y a lo que se conoce en doctrina como “devoluciones en caliente”.
- V. *Discrecionalidad.* La nueva legislación reduce mínimamente los márgenes de discrecionalidad de la autoridad migratoria. Si bien la discrecionalidad es necesaria para la consecución de los fines de una ley, considerando que el legislador no puede concebir la totalidad de las situaciones que puedan darse en la realidad, también se debe atender que aquella encuentra como límite el respeto de los Derechos Humanos de las personas migrantes. Dentro de esta línea, la reconducción o devolución inmediata se caracteriza por los amplios márgenes de discrecionalidad que se otorga a la policía fronteriza, lo que junto a la inmediatez y a las circunstancias en que dichas decisiones son tomadas (zonas aisladas) dan lugar a arbitrariedades por parte de la autoridad y en definitiva a la vulneración de los derechos fundamentales de los migrantes, especialmente aquellos que guardan relación con un debido proceso. Frente a aquello, con mayor razón se requieren adecuados mecanismos de control sobre dichos actos.
- VI. *Control de la administración.* En lo que respecta al control de la Administración si bien es valorable que se considera una vía de reclamación administrativa para los actos que limiten la libertad de circulación de los extranjeros -a diferencia de lo que sucede en el Decreto Ley- no se contempla la posibilidad de interponer los recursos administrativos regulados en la LBPA contra la orden de expulsión. No obstante, debemos cuestionarnos la utilidad de estos en el proceso migratorio, ya que en la práctica y bajo la legislación vigente no han sido mayormente utilizados. Por otro lado, es criticable que la devolución inmediata sea recurrible desde el

exterior y cuando ésta ya haya sido ejecutada dado que puede conllevar a una serie de vulneraciones de derechos.

- VII. Respecto al recurso judicial, la acción especial de reclamación presenta considerables mejoras respecto de la existente en el Decreto Ley, lo que constituye un notable avance en materia migratoria. De todos modos, queda pendiente analizar cómo esto se verá reflejado en la práctica, comparando su utilidad y eficacia especialmente con la posibilidad de interponer la acción de amparo que hasta el momento ha sido la vía más utilizada en los casos de expulsión administrativa.
- VIII. Por último, la nueva legislación viene a constituir una especie de texto abierto que si bien consagra una serie de derechos estos solo serán efectivos dependiendo de la aplicación que haga de estos la autoridad correspondiente una vez dictado el reglamento y, en consecuencia, se deberá estudiar cómo la Administración y los distintos Tribunales a lo largo de nuestro país aplicarán los diversos principios y derechos que consagra la nueva ley. Sumado a lo anterior, habrá que observar si la nueva legislación efectivamente asegura una migración “segura, ordenada y regular” o si, por el contrario, aumenta la migración irregular y con ello el número de órdenes de expulsiones decretadas. Finalmente, resultaría interesante investigar el control que realiza la Contraloría General de la República en materia migratoria.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Aninat, Isabel y Vergara, Rodrigo. (2019). *“Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional”*, Santiago: Fondo de Cultura Económica.
- Arancibia, Jaime. (1996). *“Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección”*. Revista de Derecho Público, págs. 99-124.
- Arlettaz, Fernando. (2016): *“La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado (Nº 145), págs. 13-45.
- Arlettaz, Fernando. (2015). *La expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Batuecas, Juan Manuel. (2009). *“La expulsión del extranjero en la legislación española”*. Alicante: Club Universitario.
- Bermúdez, Jorge. (2014). *“Derecho administrativo general”*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- Bernal Carrasco, C. (2018). *“Los límites jurídicos a la expulsión de los inmigrantes en Chile”*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/167948>.
- Biblioteca Congreso Nacional. *“Historia de la legislación migratoria nacional”*. Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25549/1/Historia de la legislación migratoria nacional.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25549/1/Historia%20de%20la%20legislacion%20migratoria%20nacional.pdf)
- Biblioteca Congreso Nacional, *“Historia de la Ley Nº 21.325”*.
- Bravo, Guillermo; Norambuena, Carmen. (2018). *“Procesos Migratorios en Chile: Una mirada histórico-normativa”*. Santiago: Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos.
- Carta dirigida al Relator especial de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas Migrantes (2021). Disponible en: <https://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2021/04/Carta-UNSR-Felipe-Gonz%C3%A1lez-con-firmas.pdf>.
- Ceriani, Pablo. (2011). *“Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana”*. Buenos Aires, Argentina: Revista Nueva Sociedad, 233, págs. 68-86. Recuperado de <https://biblat.unam.mx/hevila/Nuevasociedad/2011/no233/7.pdf>.

- Comisión Nacional de Derechos Humanos; y Olea, Helena. (2012). Refugiados en Chile, análisis de la ley 20.430 y su reglamento. Disponible en: https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/refugiados_ley.pdf
- De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel. (2013). "*El artículo 3 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras*". México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Delgadillo, Luis Humberto. (1991). "Elementos del derecho administrativo". México: Editorial Limusa.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema. (2018). "*Derechos Humanos de las personas migrantes como límites a la facultad de excluir*". Revista colecciones jurídicas.
- Díaz, Regina. (2020). "*Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno*". Estudios constitucionales, 18(1), págs. 309-352.
- Díaz, Regina. (2020). "*Contexto Social y Estatuto de los Migrantes en Chile*". Academia Judicial de Chile.
- Díaz, Regina. (2021). "*Estatuto de los migrantes en Chile. Revisión de la normativa nacional e internacional aplicable*". Santiago: Der Ediciones.
- Díaz, Regina. (2016). "*Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales*". Estudios constitucionales, 14(1). págs. 179-220.
- Feddersen, Mayra. (2021) "*Manual de Derecho Migratorio Chileno*". Santiago: Legal Publishing.
- Fernández, Ana. (2018). "*Derecho de extranjería*". Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galdámez Zelada, L.; Lages de Oliveria, R.; y López Garrido, V. (2016). *Migración y derechos humanos: Informe temático 2016*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/142236>.
- García, Sonia. (2007). "*El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*". Valencia: Tirant lo Blanch.
- González, Joaquín. (2018). "*El debido proceso en el procedimiento administrativo migratorio*". Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/153350>.

- Gutiérrez, José Manuel; Romero Borre, Jenny; Arias Montero, Roberto; Briones Mendoza, Xavier Fernando. (2020). “*Migración: Contexto, impacto y desafío. Una reflexión teórica*”. Revista de ciencias sociales, Vol. 26 Núm. 2.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (1970). “*XIV Censo de Población y III de Vivienda 1970*”. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadísticas.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (1982). “*XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda*”. Santiago de Chile: Instituto Nacional de Estadísticas.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2014). “*Auditoría técnica a la base de datos del levantamiento censal año 2012*”. Santiago: Instituto Nacional de Estadísticas.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2018). “*Síntesis resultados Censo 2017*”. Santiago: Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en <https://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>
- Lara, María Daniela. (2014). “*Evolución de la legislación migratoria en Chile: claves para una lectura (1824-2013)*”. Revista de Historia del Derecho 47: págs. 59-104.
- Lawson, Delfina y Rodríguez, Macarena. (2016). *El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas*. Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Mayorga, Ramón. (27 de julio de 2021). “*La nueva legislación migratoria chilena en contexto: un "estatuto de excepción" para el ejercicio de derechos de las personas migrantes*”, Mesa 1: "Derechos de personas migrantes" en Ciclo Accesos a Derechos y Nueva Ley de Migraciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=swsJfXsoKzI>
- Molina, Diego. (2018). “*Discrecionalidad administrativa e igualdad ante la ley en materia migratoria*”, en Actas de la I Bienal Latinoamericana de Derechos Humanos”.
- Molina, Diego. (2020). *La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales*. Estudios de Derecho, Vol. 77 N° 169.
- Molina, Diego. (2021). *Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: parte general*. Revista de derecho (Valdivia), 34(1), págs. 255-273. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100255>

- Mondelli, Juan Ignacio. (2018). La fuerza vinculante de la definición regional de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984). Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d03d0b54.pdf>;
- Mora, Reynaldo. (2012). “El concepto de discrecionalidad administrativa en el quehacer de la administración pública”. Revista Justicia Juris Vol. 8 N° 1, págs. 92-105.
- Nash, Claudio y Núñez, Constanza. (2017). “Los Usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”. Santiago de Chile: Estudios constitucionales, V. 15, n. 1, págs. 15-54.
- Norambuena, Carmen. (1990). “Política y legislación inmigratoria en Chile 1830-1920”. Santiago de Chile: Cuadernos de Humanidades, 10, Historia, Serie 3, Departamento de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad Santiago de Chile.
- Oficina Central de Estadísticas. (1889). *Sexto Censo General de la Población de Chile levantado el 26 de noviembre de 1885*, Valparaíso, impr. La Patria.
- Organización Internacional para las Migraciones. (2006). *Glosario sobre Migración*. Ginebra: Derecho Internacional sobre Migración, N° 7. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf
- Osorio, Cristóbal y Viches, Leonardo. (2020). “Derecho administrativo. Tomo I. Conceptos y principios”. Santiago: Der Ediciones.
- Pascual, Tomás. (2021). “Nueva Ley de Migraciones en Chile: avances y retrocesos”. Revista del Abogado, N°80, Julio 2021.
- Pérez, Carmen. (2012). *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pierry, Pedro. (1984). “El control de la discrecionalidad administrativa”. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 11, Santiago, Chile.
- Quezada, Flavio. 2017. *Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Ricke, Tomás. (2020). *La (des)protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional*. Anuario de Derechos Humanos. Universidad Alberto Hurtado. Chile. Vol. 16 núm. 2. págs-281-410.
- Roca, Santiago. (2017). “El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina”. Revista IIDH N° 65, págs. 215-280.

-Sandoval, Rodrigo. (2016). *Hacia una Política Nacional Migratoria*. Recuperado en <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/188580/retrieve>

-Servicio Jesuita a Migrantes y Refugiados. (2013). *Nueva Ley de Migraciones: Chile pide mano de obra y vienen personas*. CIPER. Recuperado en: <https://www.ciperchile.cl/2013/06/21/nueva-ley-de-migraciones-chile-pide-mano-de-obra-y-vienen-personas/>.

-Servicio Nacional de Estadísticas y Censos. (1952). *"XII Censo General de Población y I de Vivienda"*. Santiago: Imp. Gutenberg.

-Stang, María Fernanda. (2016). *"De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014"*. Santiago: Polis. Revista Latinoamericana 83-107. P. 86-87. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-6568201600020000>

-Vacas, Félix. (2017). *El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como Límite desde los Derechos Humanos a la Discrecionalidad de los Estados en Materia Migratoria*. Valencia: Tirant lo Blanch.

-Valdivia, José Miguel. (2018). *"Manual de Derecho Administrativo"*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Jurisprudencia

-Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 123-2021, de fecha 21 de abril de 2021.

-Corte Suprema, Rol N° 2.314-2013, de fecha 16 de abril de 2013.

-Corte Suprema Rol, N° 2.311-2013, de fecha 22 abril de 2013.

-Corte Suprema Rol, N° 3.057-2013, de fecha 16 de mayo de 2013.

-Corte Suprema, Rol N° 3.813-2013-2013, de fecha 12 junio de 2013.

-Corte Suprema, Rol N° 4.565-2013, de fecha 18 de julio de 2013.

-Corte Suprema, Rol N° 9.081-2014, de fecha 29 de abril de 2014.

-Corte Suprema, Rol N° 3.694-2015, de fecha 23 de marzo de 2015.

-Corte Suprema, Rol N° 5.276-2015, de fecha 23 de abril de 2015.

-Corte Suprema, Rol N° 12.356-2015, de fecha 2 septiembre de 2015.

- Corte Suprema, Rol N° 37.229-2017, de fecha 22 de agosto de 2017.
- Corte Suprema, Rol N° 82.459-2016, de fecha 17 de diciembre de 2017.
- Corte Suprema, Rol N° 50.696-2020, de fecha 9 de septiembre de 2020.
- Corte Suprema, Rol N° 131.056-2020, de fecha de 15 de marzo de 2021.
- Corte Suprema, Rol N° 36.795-2021, de fecha 7 de junio de 2021.
- Corte Suprema, Rol N° 131.738-2020, de fecha de 20 de julio de 2021.
- Corte Suprema, Rol N° 69.492-2021, de fecha de 20 de septiembre de 2021.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1.518, de fecha 21 de octubre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 18.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Nadege vs República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C N° 251.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia 25 de noviembre de 2013. Serie C N° 272.
- Corte IDH. *Caso Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs República Dominicana* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282.

Normas jurídicas citadas

- Boletín N° 8.970-06, Mensaje N° 089-361 de S.E el Presidente de la República Sebastián Piñera con el que inicia un proyecto de ley de migración y extranjería, de 20 de mayo de 2013. Cámara de origen: Cámara de Diputados.
- Constitución Política de la República de 1980, promulgada por Decreto Supremo N° 1.150, de 21 de octubre de 1980.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 873, *Diario Oficial*, 5 de enero de 1991.

-Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de Refugiados y de los Apátridas. Promulgada en Chile por Decreto Supremo N° 287, Diario Oficial, de 19 de julio de 1972.

-Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Promulgada en Chile por Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N°84, *Diario Oficial*, 8 de junio de 2005.

-Decreto con Fuerza de Ley N° 69, que crea el departamento de inmigración y establece normas sobre la materia, del ministerio de Hacienda, publicado el 8 de mayo de 1953.

-Decreto Ley N° 1.904, establece normas sobre extranjeros en Chile, de 19 de julio de 1975, actualizado al 8 de abril de 2011.

-Ley S/N, de colonias naturales y extranjeros, publicada el 18 de noviembre de 1845.

-Ley 18.252, que modifica el Decreto de Ley N° 1.094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, publicado el 26 de octubre de 1983.

-Ley N° 13.353, que dispone que los Extranjeros podrán ingresar a Chile en Calidad de Inmigrantes, Turistas, Residentes y Residentes Oficiales, y establece Normas sobre la Materia, de 26 de agosto de 1959.

-Ley N° 3.446, que impide la entrada al país o la residencia en el de elementos indeseables, del Ministro del Interior publicada el 12 de diciembre de 1918, posteriormente derogada por el artículo 96 del Decreto Ley 1.904 publicado el 19 de Julio de 1975.

-Ley 19.476, que introduce modificaciones al Decreto Ley N° 1.904 de 1975, en materias de Refugiados, del Ministerio del Interior, publicada el 21 de octubre de 1996.

-Ley N° 19.880 Ley de Bases de Procedimientos Administrativos que Rigen los actos de la Administración del Estado, de 29 de mayo de 2003.

-Ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, publicada el 15 de abril de 2010.

-Ley N° 21.325 Ley de Migración y Extranjería, de 20 de abril de 2021 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicada el 20 de abril de 2021, con vigencia diferida una vez publicado su reglamento.

-Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de febrero de 2013.

-Observación General N° 18 del Comité de Derechos Humanos, No discriminación, aprobada en el 37° período de sesiones de 1989, Naciones Unidas, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: I Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de mayo de 2008, pp. 234-236.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966. Promulgado en Chile mediante Decreto N° 778, Diario Oficial, 29 de abril de 1989.