



**LÍMITES A LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE
EXTRANJEROS Y SU EFECTO VINCULANTE
FRENTE AL ESTADO DE CHILE**

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho
con mención en
Derecho Público

Héctor Robinson Núñez Contreras

Profesor Guía: Jaime Bassa Mercado

Valparaíso, Chile
Agosto de 2021

TABLA DE CONTENIDOS

Tabla de Contenidos	1
Resumen	5
Palabras Claves	5
INTRODUCCIÓN	6

CAPITULO I: PARTE PRELIMINAR

1	Conceptos	
1.1	Expulsión	9
1.1.1	Concepto de Expulsión en el Ámbito Internacional	10
1.1.2	Concepto de Expulsión en Chile	11
1.2	Extranjero	12
2	Naturaleza Jurídica de la Expulsión	14
3	Derecho o facultad de los Estados de expulsar extranjeros	15
4	Expulsión Administrativa en Chile	16
4.1	Marco Regulatorio	16
4.1.1	Ley 21.325 de Migración y Extranjería, y la vigencia circunstancial del Decreto Ley 1.094 y su Reglamento	17
4.1.2	Constitución Política de la República	19
4.1.3	Ley 19.880. Resolución que decreta la expulsión administrativa: un Acto Administrativo.....	20
4.1.4	Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos y Principios Internacionales	20

4.2	Causales de Expulsión en Chile	23
4.2.1	Causales de expulsión en el D.L. 1.094	
4.2.1.1	Causales de Tipo Facultativas en el D.L. 1.094	23
4.2.1.2	Causales de Tipo Imperativas en el D.L. 1.094	26
4.2.2	Causales de expulsión en la Ley 21.325	27
4.2.3	Causales de expulsión reguladas en otros cuerpos normativos	
4.2.3.1	Artículo 4 y 5 de la Ley 20.430	31
4.2.3.2	Artículo 10: Convenio Arica-Tacna	31
4.3	Procedimiento de Expulsión Administrativa en Chile	32
4.3.1	Procedimiento de Expulsión Administrativa en el D.L. 1.094	32
4.3.2	Procedimiento de Expulsión Administrativa en la Ley 21.325.....	35

CAPITULO II: LIMITES JURIDICOS AL DERECHO DE EXPULSIÓN

1	Marco Conceptual	38
2	Límites inherentes al Derecho Internacional	39
2.1	Principio de Buena Fe Internacional	39
2.2	Prohibición a la Arbitrariedad	40
2.3	Trato de los extranjeros	41
2.4	Prohibición del abuso del derecho	42
3	Límites sustantivos en respeto de los Derechos Humanos	42
3.1	El derecho a la vida	43
3.2	El respeto por la dignidad	45
3.3	El derecho a la libertad personal	46

3.4	El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes	48
3.5	Derechos vinculados a la vida familiar	50
3.5.1	El derecho a la protección de la familia	50
3.5.2	El interés superior del niño	52
3.6	El derecho a la no discriminación	54
4	Principio de Proporcionalidad	57
5	Principio de Legalidad	58
6	Garantía del Debido Proceso	60

CAPITULO III: EFECTO VINCULANTE DE LOS LIMITES DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN CHILENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

1	Planteamiento de la situación	64
2	Análisis de sentencias	
2.1	Análisis de algunos fallos que acogen recursos de reclamación establecido en el artículo 89 del D.L. 1.094 contra decretos de expulsión	67
2.1.1	Causa Rol N° 3.867-2010, fallo de fecha 08 de junio de 2010	67
2.1.2	Causa Rol N° 9.075-2012, fallo de fecha 30 de enero de 2013	68
2.1.3	Causa Rol N° 17.132-2014, fallo de fecha 10 de julio de 2014	70
2.1.4	Causa Rol N° 34.557-2017, fallo de fecha 25 de julio de 2017	71
2.1.5	Causa Rol N° 19.155-2019, fallo de fecha 23 de julio de 2019	73

2.2	Análisis de causales por las cuales se rechazan recursos de reclamación contra decretos de expulsión	73
2.3	Análisis de jurisprudencia que acoge acciones de Amparo constitucional contra decretos de expulsión	77
2.3.1	Garantía del Debido Proceso	77
2.3.2	Interés Superior del Niño y el Derecho a la vida familiar	79
2.3.3	Proporcionalidad	80
2.3.4	Ilegalidad y Arbitrariedad	81
2.3.5	Libertad Personal	84
2.4	Conclusiones del análisis de jurisprudencia	85

CAPITULO IV: LEY 21.325 DE MIGRACION Y EXTRANJERIA. UNA MIRADA DE OPTIMISMO AL NUEVO TRATO ENTRE EXTRANJEROS Y EL ESTADO DE CHILE	87
---	----

CAPITULO V: CONCLUSIONES.	91
--------------------------------	----

BIBLIOGRAFÍA.	94
--------------------	----

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo, es responder a la interrogante que busca conocer si los límites a la expulsión de extranjeros, han encontrado en Chile un efecto vinculante para la protección de los afectados por esta medida administrativa. El espejo sobre el cual analizaremos esta problemática, será la revisión de algunas sentencias judiciales recaídas sobre recursos impetrados por extranjeros que se ven afectados por decretos administrativos que decretan su expulsión. Ellas nos darán luz sobre las consideraciones tomadas en cuenta por la administración del Estado para decretar la expulsión de un extranjero y las consideraciones adoptadas por los tribunales de justicia para rechazar o acoger los diferentes recursos que tratan de impugnar dicha medida; siempre bajo la mirada del análisis de los límites al ejercicio de la facultad de expulsión, que han sido reconocidos por el derecho internacional, el ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia y la doctrina.

PALABRAS CLAVES: Límites al Derecho de Expulsión, Expulsión Administrativa, Extranjero, Derechos Fundamentales, Administración del Estado.

INTRODUCCION

El desplazamiento de personas entre territorios, países y continentes es una práctica que ha estado presente a lo largo de toda la historia de la humanidad. Sin embargo, en el último siglo y en particular en la actualidad, para la política interior de los estados y el sistema internacional de protección de los derechos humanos, ha sido un tema que se ha observado con especial cuidado.

Como un primer acercamiento al tema en estudio, es posible señalar, que es ampliamente aceptado en el ámbito del derecho internacional, la facultad soberana que cada Estado tiene para establecer las condiciones de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio. Dentro de esta facultad o derecho de los Estados de establecer dichas condiciones o restricciones al extranjero, encontramos la facultad que tienen éstos, de expulsar a aquel extranjero cuya presencia en su territorio es contraria a los intereses del Estado (ONU, 2006: pág. 124). Sin embargo, el derecho de un Estado a decretar la expulsión de un extranjero, en absoluto tiene un carácter ilimitado, por lo cual, para su ejercicio, se deben observar los límites de fondo y de procedimiento contenidos en las legislaciones internas de los estados, así como también aquellos que emanan de los compromisos internacionales que han sido adoptados por ellos, teniendo especial relevancia aquellos que dicen relación con la protección de los derechos humanos de todo individuo.

En Chile, en la última década, se han experimentado cambios importantes en el desarrollo del flujo migratorio, convirtiéndose en un país de acogida o destino de muchos extranjeros en busca de nuevas oportunidades. Según el Departamento de Extranjería y Migración, hasta finales del año 2019, se estimaba que la población extranjera en el país era de 1.492.522 personas¹, representando aproximadamente un 7,81% por ciento de la población. Este aumento es considerable, tomando en cuenta que el año 2002 la población extranjera no superaba el 1,3%, y ya para el 2017 la tasa de personas extranjeras era de solo

¹ INE, Departamento de Extranjería y Migración. Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre de 2019. Junio año 2020. Pág. 3. Disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2020/06/estimación-población-extranjera-en-chile-2019-regiones-y-comunas-metodología.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio del 2021.

del 4,35%². Sin embargo, este fenómeno migratorio, no fue oportunamente recepcionado por la legislación nacional, conservando vigente en el país, un cuerpo normativo en materia de extranjería que tiene más de cuatro décadas: el D.L. 1.094 del año 1975, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, originada con una fuerte visión de seguridad nacional y con tintes anémicos de reconocimiento de derechos fundamentales de quienes se ven afectados por ella, cuyas propuestas legislativas de modificaciones sustanciales o reemplazo, acapararon múltiples fojas de tramitación en el Congreso Nacional, habiéndose alcanzado recientemente un importante logro en esta materia, al ser promulgada con fecha 11 de abril del año 2021, la nueva Ley de Migración y Extranjería (Ley 21.325), publicada el día 20 de abril del año 2021 en el Diario Oficial. La ley 21.325 deroga el D.L. 1.094, comenzando de esta forma un nuevo trato entre el Estado de Chile y los extranjeros que ingresen al país, bajo la perspectiva de esta nueva legislación. Sin embargo, este efecto deberá esperar por algún tiempo, ya que en virtud del artículo décimo y undécimo Transitorio de la Ley 21.325, ésta nueva ley entrará en vigencia una vez publicado el Reglamento de Migraciones, para lo cual, el ejecutivo dispone del plazo de un año para su dictación; entre tanto, siguen vigentes las normas de la antigua legislación. Durante la vigencia del D.L. 1.094, la regulación anticuada y proteccionista contenida en sus normas, ha tenido efectos negativos en materia de expulsiones administrativas a nivel nacional, ya que, bajo el amparo de la seguridad nacional, existen atribuciones otorgadas a la Administración para el ejercicio de la facultad de expulsión, que tienen un margen muy amplio de discrecionalidad, con escasas posibilidades de revisión judicial, lo cual genera un ámbito importante de vulnerabilidad para los administrados, ya que dicha discrecionalidad pudiera ser mal ejercida por quienes detentan dichas facultades, configurándose así espacios para excesos o abusos por parte de los órganos del Estado. Sin embargo, el avance de la regulación protectora de derechos humanos consagrada en instrumentos internacionales y que ha permeado la generación de normas de derecho interno, vienen a establecerse como límites que cautelan los derechos del extranjero afectado frente al ejercicio del derecho de expulsión, los cuales solo quedarán en un ideal normativo, si los órganos facultados para aplicar dichos límites (la Administración del Estado

² INE, Chile. Cálculo de población extranjera en Chile para la calibración de factores de expansión en la encuesta nacional de empleo. Julio 2020. Pág. 1. Disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/documentos-de-trabajo/documentos-de-trabajo/cálculo-de-población-extranjera-en-chile-para-la-calibración-de-factores-de-expansión-en-la-encuesta-nacional-de-empleo.pdf?sfvrsn=184891be_4 Fecha última consulta: 04 de julio del 2021.

y los Tribunales de Justicia), no toman el cuidado debido en aquellas situaciones en que sea requerida su aplicación.

El objetivo del presente trabajo, es responder a la interrogante que busca conocer si los límites a la expulsión de extranjeros, han encontrado en Chile un efecto vinculante para la protección de los afectados por esta medida administrativa. El espejo sobre el cual analizaremos esta problemática, será la revisión de algunas sentencias judiciales recaídas sobre recursos impetrados por extranjeros que se ven afectados por decretos administrativos que decretan su expulsión. Ellas nos darán luz sobre las consideraciones tomadas en cuenta por la administración del Estado para decretar la expulsión de un extranjero y las consideraciones adoptadas por los tribunales de justicia para rechazar o acoger los diferentes recursos que tratan de impugnar dicha medida; siempre bajo la mirada del análisis de los límites al ejercicio de la facultad de expulsión, que han sido reconocidos por el derecho internacional, el ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia y la doctrina.

En busca del fin expuesto, el presente trabajo propone en un primer capítulo analizar el ámbito conceptual de la expulsión, circundando algunos temas que le son relevantes, para luego desarrollar una exposición sobre la regulación de la expulsión administrativa en Chile, analizando su marco regulatorio, siguiendo con una descripción de las causales de expulsión administrativas que se encuentran reconocidas en la legislación nacional, terminando así con una exposición de algunos puntos sobre la regulación del procedimiento de expulsión. Luego, en un segundo capítulo, se realizará un análisis expositivo y analítico de los límites que son considerados más importantes por la legislación nacional, internacional y la doctrina especializada, y que deben ser observados para el ejercicio de las expulsiones administrativas de extranjeros por parte de la autoridad administrativa. Estos límites serán divididos en aquellos límites que son inherentes al derecho internacional, aquellos que miran la protección de los derechos humanos, el principio de legalidad y proporcionalidad, y la garantía del debido proceso. Estos límites, serán recogidos de los principios del derecho internacional, de la regulación interna sobre la materia, así como también de los compromisos internacionales adoptados por el Estado de Chile. En el tercer capítulo, se realizará la revisión de sentencias recaídas sobre diferentes recursos interpuestos para impugnar los actos administrativos que ordenan la expulsión de extranjeros, a fin de constatar si los límites conocidos por el derecho

internacional y el derecho interno, son adoptados como parte de los criterios limitantes de la Administración para decretar la expulsión de extranjeros, y si éstos son vinculantes frente a las decisiones de los tribunales superiores de justicia del país, para acoger o rechazar dichos recursos. En el cuarto capítulo, se realizará una exposición sobre la nueva regulación en materia de expulsiones administrativas, contenidas en la Ley 21.325 sobre migración y extranjería. Finalmente, se expondrán las conclusiones originadas a través del progreso del presente estudio, y aquellas propositivas que parezcan necesarias realizar, en virtud del análisis crítico de los temas observados en el presente trabajo.

I. PARTE PRELIMINAR

1. CONCEPTOS

1.1 Expulsión:

Hablar del término *expulsión*, en la relación jurídica de los estados con los extranjeros que se encuentran en su territorio, pareciera situarse en un área común de comprensión, particularmente para quienes se encuentran vinculados con el área del derecho, migraciones o los derechos humanos. Sin embargo, dicho concepto al ser estudiado en profundidad, no ofrece una delimitación tan pacífica o evidente, ya que son variadas las concepciones o matices que de dicho término es posible encontrar en la doctrina nacional o internacional, no solo en lo que a su definición se refiere, sino a ciertos conceptos o nociones con los cuales podría confundirse o asemejarse, como la deportación, la devolución o la no admisión, entre otros³. Por lo cual, realizar un acercamiento a variadas definiciones del concepto estudiado,

³ Para un mayor estudio sobre las diferencias entre la Expulsión y otros conceptos o nociones similares, se recomienda revisar el Segundo Informe Sobre Expulsión de Extranjeros, confeccionado por el Relator Especial Maurice Kamto, para la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (2006). Disponible en https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_573.pdf Párrafos 154 y ss. Fecha última consulta: 04 de julio del 2021.

ayudará a realizar una comprensión más precisa del fenómeno, añadiendo los diferentes acentos o miradas que otorgan una mayor riqueza sobre el término analizado.

1.1.1 Concepto de Expulsión en el Ámbito Internacional:

La Organización Internacional para las Migraciones, describe la expulsión en términos amplios, enfocándose en el acto jurídico emanado del Estado y la consecuencia que dicho acto trae aparejado para el extranjero afectado. Así, indica que la expulsión es un: “*Acto jurídico o comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado.*”⁴. Es apreciable en ésta definición, la distinción que se realiza entre *acto jurídico o comportamiento*, haciendo un matiz interesante que poco a poco comienza a tomar relevancia en materia de expulsión de extranjeros, diferenciando aquellos actos o resoluciones que expresamente son emanadas del Estado, y en los cuales se decreta la expulsión de un extranjero, lo que para el doctor en filosofía jurídica Fernando Arlettaz constituye la normalidad de la identificación del término; con aquella expulsión *encubierta o implícita* que Arlettaz describe como “aquellos casos en que un Estado realiza actos, o tolera actos de particulares, que tienden a crear un clima que fuerza a los extranjeros a abandonar su territorio, aunque no exista una decisión formal a este respecto” (2016: Pág. 14-15). Otros organismos han llegado un poco más lejos en el alcance de este último tipo de expulsión, indicando que se pueden identificar incluso en aquellos programas de *salidas voluntarias* que son, en realidad, obligatorias, y que en todo caso no dejan una alternativa real al extranjero que no sea el abandono del país (ONU, 2006: pág. 60).

Otra definición contenida en el Memorando sobre Expulsión de extranjeros, confeccionado por la Secretaría de la Comisión de Derecho Internacional para el 58° periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, indica que “*La noción de expulsión se refiere al ejercicio del derecho o la facultad de un Estado de pedir a un extranjero que abandone su territorio cuando su presencia continua es contraria a los intereses del Estado territorial. Por lo general, el ejercicio de ese derecho o facultad adopta la forma de una decisión u orden emitida por el órgano judicial o administrativo competente, de conformidad*

⁴ Definición Glosario de OIM, <https://www.iom.int/es/terminos-fundamentales-sobre-migracion#expulsion>
Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

con el derecho interno del Estado.” (ONU, 2006: Pág. 59-60). Esta definición realza varios componentes importantes en materia de expulsión. En primer lugar, presenta al Estado investido de un *derecho o facultad* para decretar la expulsión del extranjero, situación que es ampliamente aceptada como una atribución inherente a cada Estado en Derecho Internacional (Kamto, 2007: Pág. 119). Este derecho o facultad hasta hace solo unas décadas, parecía ser un poder discrecional absoluto, no sometido a control; sin embargo, actualmente es indiscutible su carácter limitado en razón de los principios generales del ordenamiento jurídico internacional, las condiciones de las personas que se pretende expulsar, los derechos que pudieran verse afectados en la expulsión o el procedimiento que debe ser observado para ejercitar ese derecho (Bollo, 2013: Pág. 115). Otro aspecto importante presente en esta definición, es el fundamento último que da origen a la expulsión, al indicar que *la presencia continua del extranjero es contraria a los intereses del Estado*, que, como se verá más adelante, tiene un componente importante en la identificación de la naturaleza jurídica del derecho de expulsión, a pesar de que como continúa indicando la definición comentada, pudiera ser emitida indistintamente por un órgano judicial o administrativo competente.

1.1.2 Concepto de Expulsión en Chile:

Doctrinalmente, la jurista nacional Paula Nuño, define la expulsión, incluyendo variados elementos de la misma, indicando que “... *la expulsión es jurídicamente un acto de autoridad pública en orden a requerir a un extranjero, bajo apercibimiento compulsivo, a abandonar el territorio por considerar que su presencia resulta contraria a los intereses del Estado en que se encuentra.*” (2014: pág. 43). Esta definición rescata dos antecedentes importantes para el tema en estudio: en primer lugar, rescata el componente del ejercicio de la potestad pública del Estado al decretar la expulsión, y segundo, establece como fundamento último permitido para decretar la medida de expulsión, el interés superior del Estado.

Hasta la promulgación de la nueva Ley 21.325 sobre Migración y Extranjería, la legislación chilena no definía el concepto de expulsión, conteniendo solamente normas que regulan su aplicación. Sin embargo, era posible encontrar una definición de dicho término al describir las sanciones migratorias que se aplican a las personas que infringen las normas

establecidas en la legislación de Extranjería en el área Administrativa, en el Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el cual indica que “*Es una sanción que consiste en el abandono obligado del país del extranjero que incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley y Reglamento de Extranjería.*”⁵. Esta definición contiene una noción causalista y descriptiva del término, al describirla como una sanción de abandono del país, debido a una infracción de un extranjero de alguna de las causales de expulsión establecida en la Ley de extranjería.

El artículo 126° de la nueva Ley de Migración y Extranjería vino a suplir el vacío conceptual en la legislación nacional, definiendo el término de la siguiente forma: “*La expulsión es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia*”. La definición incorporada, sigue el criterio señalado por la definición emanada del Departamento de Extranjería y Migración, pero a diferencia de ella, señala que la medida de expulsión debe ser decretada por una autoridad competente, lo cual institucionaliza su aplicación, alejándola de arbitrariedades que pudieran ocurrir por parte de otros órganos del Estado. Para efectos del presente trabajo, ésta última definición será la que se tenga como antecedente en el desarrollo de los próximos capítulos.

1.2 Extranjero

Tradicionalmente se ha sostenido que la población de un país se divide jurídicamente en tres categorías: los nacionales, los extranjeros y los apátridas (Moya, 1999: Pág. 457). La Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985, entiende el término *extranjero*, como “toda persona que no sea nacional del Estado en el cual se encuentre”. El numeral 8° del artículo 1° de la nueva Ley 21.325 de Migración y Extranjería, lo define como “Toda persona que no sea chileno de acuerdo al artículo 10 de la Constitución Política de la República”. No existe duda entonces, que el criterio fundamental para establecer que una persona es extranjera, está dado por la nacionalidad de éste, en relación

⁵ Extraído de sitio web <https://www.extranjeria.gob.cl/sanciones/> Fecha última consulta: 04 de julio del 2021.

con un Estado territorial determinado. Por lo cual, al ser estudiado el estatus jurídico de extranjero, se hace con exclusión de aquellas personas que mantienen el estatus jurídico de nacional de un Estado, siendo éstos los que poseen la nacionalidad de una jurisdicción territorial, siendo la nacionalidad, la relación de derecho que une a una persona con un Estado determinado, sea desde su nacimiento, o posteriormente por la naturalización, matrimonio o aplicación de la ley (Kamto, 2006: Párrafo 127). Se excluye además en el estudio de los extranjeros, a los apátridas, entendiendo como tal, “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”⁶ (ONU, 1954: artículo 1); y cuya condición, cada vez encuentra más resguardo en el Derecho Internacional, y como tal, se diferencia del extranjero en tanto, éste último, cuenta con la nacionalidad de un Estado territorial, que es diferente a la del Estado territorial donde físicamente se encuentra. Por último, el término extranjero para efectos de este estudio, no considera a personas que tienen doble nacional, siendo una de ellas la nacionalidad del Estado territorial donde se encuentra, pues si bien sería considerado extranjero en virtud de su nacionalidad foránea, es considerado nacional para el Estado territorial en que se encuentra, por lo cual, mientras mantenga dicho estatus jurídico, es considerado un nacional del país. La diferencia entre nacional y extranjero no es baladí para el tema en estudio, pues actualmente en el Derecho Internacional es ampliamente aceptada la prohibición de expulsión de los nacionales por parte de los Estados. Una norma contundente en este sentido lo contiene la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 22.5 al indicar que “Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo”.

En último término, a pesar de tener una amplia aceptación internacional en materia de Derechos Humanos el término *migrante*⁷, en el presente estudio, se utilizará la expresión *extranjero* con preferencia a la de migrante, tal como lo hacen la mayoría de los instrumentos

⁶ Definición obtenida del artículo 1° de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1954.

⁷ Doctrinalmente, se había entendido el término migrante de la siguiente forma: “Para que un traslado pueda ser considerado migración, deben reunirse tres factores, el factor espacial: que dicho desplazamiento traspase fronteras significativas; el factor temporal: que sea duradero en el tiempo, no esporádico, y el factor social: que implique un cambio significativo del entorno, tanto físico como social.” (Martínez, 2014: Pág. 26). Sin embargo, nuevas lecturas del término amplían su espectro comprensivo, como sucede en la definición que para dicho término nos ofrece la Ley 21.325 en el numeral 11 de su artículo primero, que define al migrante como aquella persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional, fuera de su lugar habitual de residencia, independientemente de su situación jurídica, el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento, las causas del desplazamiento o la duración de su estancia.

internacionales y la legislación nacional chilena, a fin de involucrar en este término, toda la amplitud de situaciones en las cuales un extranjero que se encuentre en el territorio nacional, pueda ser objeto de una medida de expulsión, o estando fuera del país, sus derechos sean vulnerados por la medida. Lo anterior, pues en estudio de ambos conceptos, la expresión extranjero evoca una mayor amplitud que la de migrante, y la primera contiene en sí misma la segunda expresión, habiendo entre ellos una relación de género a especie respectivamente.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN

La facultad o derecho de los estados a expulsar extranjeros, tiene un carácter o naturaleza *administrativa*, en virtud de la facultad que inherentemente el Estado tiene de proteger sus intereses con dicha medida, y no constituye una sanción de naturaleza *penal*, motivada por la conducta particular y aislada del extranjero, como pudiera comprenderse en aquellos casos en que un tribunal de dicha rama lo impone como pena en un determinado proceso. La Corte Suprema analizando un recurso de reclamación por expulsión de un extranjero, donde se reclamaba la afectación del principio de *non bis in ídem* debido a que la afectada había cumplido la pena por un delito cometido con anterioridad, razona que “La actuación reprochada no infringe el principio del non bis in ídem, porque [la expulsión] no corresponde a un castigo que se imponga por la comisión del mismo delito; y tampoco vulnera el principio de proporcionalidad porque la conveniencia o utilidad de permitir a una persona su permanencia en el país, esta analizada y convenida en la Ley y el Reglamento de Extranjería de conformidad a las necesidades propias del bien común social”⁸. Nuño Balmaceda reafirma esta idea con mucha claridad al señalar en un sentido positivo, que la medida de expulsión de extranjeros “es una medida de policía administrativa adoptada con el fin de proteger los intereses del Estado, y no una medida destinada a sancionar la conducta del extranjero”. La autora continúa indicando, ahora en un sentido negativo, que “la expulsión de extranjeros no es un asunto de naturaleza penal, sin perjuicio de que, en algunos casos, algunas consideraciones de orden penal sean determinantes para estimar si la presencia de un extranjero pone o no en peligro los intereses del Estado Territorial” (2014: pág. 88).

⁸ Numeral 3° párrafo segundo, en fallo recaído en causa rol 1616/2013 de fecha 27 de marzo del año 2013. Dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema. Lo descrito entre corchetes corresponde a una aclaración propia.

Entonces, el espíritu de la medida de expulsión está basado en la protección de los intereses del Estado, eso la hace en esencia una medida de policía administrativa, con independencia de si su configuración como sanción, está inserto en un procedimiento regido por el derecho administrativo interno, o por el contrario, regido por el derecho penal, ya sea que se establezca como una pena sustitutiva, o como corolario del fin del cumplimiento de una pena impuesta ya cumplida; lo cual, no la transforma en sí misma en una sanción de naturaleza penal. Esta precisión en cuanto a su naturaleza, no solo repercute en la semántica del tema en estudio, sino que tiene injerencia en los procedimientos observados en ambos casos (penal y administrativo), y el respeto por los derechos del extranjero afectado, al ser ejecutada la medida de expulsión.

3. DERECHO O FACULTAD DE LOS ESTADOS DE EXPULSAR EXTRANJEROS

El derecho o facultad que los Estados tienen de expulsar extranjeros de su territorio, es ampliamente aceptado en el ámbito internacional, y es atribuible a su condición de ente jurídico soberano, dotado de competencia plena sobre su territorio. Maurice Kamto, en su tercer informe sobre expulsión de extranjeros, para la comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, aclara este tema al indicar que “el derecho a expulsar, es un derecho inherente a la soberanía (territorial) del Estado, aunque no se trata de un derecho absoluto, en la medida en que debe ejercerse dentro de los límites establecidos por el derecho internacional”. Kamto precisa aún más esta facultad indicando que, “el derecho de expulsión existe con independencia de que cualquier disposición especial de derecho interno o convencional lo reconozca, ya que es un derecho del Estado expulsor que se desprende del propio derecho internacional” (Kamto, 2007: Párrafos 7 y 12). Por su parte, el Jurista español Manuel Diez de Velasco, expresa sobre este punto que, no existe en el Derecho Internacional, norma que prohíba la expulsión, salvo que la misma produzca un daño injustificado al extranjero (1999: Pág. 508). La existencia de este derecho entonces, no depende de su consagración en instrumentos nacionales o internacionales, pues su reconocimiento adquiere el carácter de derecho consuetudinario⁹. No obstante, lo anterior, dicho derecho se ve también

⁹ El derecho consuetudinario, conocido también como costumbre internacional, es entendida como la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho. Consta de dos elementos: El material, que es la repetición constante y uniforme de los actos; y el

refrendado en variados instrumentos internacionales que lo reconocen, regulan o limitan sobre la base de sus aspectos procedimentales. Un ejemplo de ello es la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 22.6 indica que, el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. Un tenor similar es posible encontrarlo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 13 dispone que, el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

En virtud de lo expresado, es posible concluir, que existe un reconocimiento generalizado del derecho que tiene cada Estado de expulsar extranjeros; sin embargo, dicho derecho no es un derecho ilimitado y debe ajustarse a los límites que impone la legislación interna de cada Estado y a la observancia de los límites que impone el derecho internacional.

4. EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA EN CHILE

Para una mayor comprensión al introducirse en el estudio particular de los límites que deben ser observados por la Administración del Estado para decretar la expulsión de extranjeros, o por los Tribunales de justicia al resolver las acciones impetradas contra resoluciones que decretan la medida de expulsión administrativa de extranjeros, y que serán analizado en los capítulos siguientes; se hace necesario una exposición ordenada del marco regulatorio sobre la expulsión en Chile, las causales de expulsión que se encuentran contenidas en nuestra legislación nacional, las resoluciones y autoridades llamadas a dictaminar dicha medida y las normas de procedimiento establecidas en los cuerpos normativos, todas las cuáles serán estudiadas en los siguientes apartados.

4.1 Marco Regulatorio

El tener como objetivo el estudio de los límites al aplicar la medida de expulsión administrativa de extranjeros en nuestro país, hace especialmente importante conocer el

elemento espiritual, que es la convicción de los sujetos del derecho internacional de que se trata de una práctica que obliga jurídicamente. (Diez de Velasco. 1999. Pág. 117).

marco jurídico que regula la expulsión de extranjeros en Chile. Para ello, en las próximas líneas se presentarán los cuerpos legales que delimitan la expulsión administrativa, dejando para los apartados siguientes de este trabajo, el estudio de las normas particulares aplicables al tema estudiado.

4.1.1 Ley 21.325 de Migración y Extranjería, y la vigencia circunstancial del Decreto Ley 1.094 y su Reglamento.

El Decreto Ley 1.094 que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile, fue promulgado el año 1975; el Reglamento de Extranjería en tanto, fue dictado mediante Decreto Supremo número 597 del año 1984. Contextualizando su origen, es necesario hacer presente que, tanto el D.L. 1.094 como su reglamento, fueron dictados en un tiempo de irregularidad institucional en Chile, donde la política interior del Estado estaba marcada por la seguridad nacional, y en el caso de los extranjeros, la expresión más elocuente de esta visión de seguridad nacional, fue plasmada bajo las normas contenidas en la regulación de extranjería originadas en aquella época, otorgando a la Administración, amplias facultades discrecionales tanto para restringir el ingreso o la permanencia de extranjeros en el país, como también para decretar su expulsión.

La reciente Ley 21.325 de Migración y Extranjería que fue promulgada con fecha 11 de abril del año 2021, y publicada en el Diario Oficial solo unos días después, con fecha 20 de abril del mismo año, viene a terminar con la regulación que imperó por más de 40 años en el país en materia de extranjería, pues trae consigo cambios importantes en materia migratoria, entre los cuales podemos destacar el reconocimiento explícito de derechos fundamentales, nuevos procedimientos que cautelan la garantía del debido proceso y una nueva institucionalidad al servicio de los migrantes, que pasará a denominarse Servicio Nacional de Migraciones. Por tanto, esta nueva ley, no puede ser entendida como un cambio estético al existente D.L. 1.094, sino más bien, como la instauración de una nueva institucionalidad que cambia el trato entre los extranjeros que ingresen al país o quieran ingresar a él y el Estado de Chile.

El artículo 175 de la Ley 21.325, en su numeral primero, establece la derogación del D.L. 1.094, comenzando de esta forma un nuevo ámbito regulatorio, bajo la perspectiva de esta nueva legislación. Sin embargo, este efecto derogatorio deberá esperar por algún tiempo,

ya que en virtud del artículo décimo y undécimo Transitorio de la Ley 21.325, esta ley solo entrará en vigencia una vez publicado el Reglamento de Migraciones, para lo cual, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública dispone del plazo de un año para su dictación desde la publicación de la citada ley. En virtud de esto y desde su publicación, solo han pasado a tomar vigencia inmediata algunos de los artículos transitorios de la ley concernientes a los plazos del Ejecutivo para las obligaciones que le impone la propia ley, y el artículo octavo transitorio concerniente a los procesos de regularización de migrantes que se encuentran en situación irregular en el país. Por lo cual, en tanto no sea dictaminado y publicado el Reglamento de Migraciones por parte del Ejecutivo, continúan vigentes circunstancialmente las normas establecidas en el D.L. 1.094 y su reglamento.

Al tenor de lo relatado entonces, en tanto no entre en vigencia la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, el D.L. 1.094 y su Reglamento, es el marco normativo principal que estructura la circulación de extranjeros en Chile; y en lo cobra relevancia para el presente estudio, contiene la regulación más importante en materia de expulsión administrativa, pues contiene las principales causales de expulsión de extranjeros, y en principio, se constituye como la principal norma reguladora del procedimiento de ejecución de la medida de expulsión. Sin perjuicio de lo anterior, es posible encontrar causales de expulsión administrativa de manera excepcional en otras leyes: tal es el caso de la ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados, y que en sus artículos 4 y 5, establece los principios de no devolución y prohibición de expulsión de los refugiados, *salvo casos excepcionales*, restringidos al ámbito de la seguridad nacional o el orden público, dejando por tanto, abierta la puerta a que por los motivos expuestos, pueda proceder la expulsión de un refugiado. Una norma más exigua aún (pero no por eso menos aplicable), es la que contiene el Convenio de Tránsito de Personas en la zona Fronteriza Chileno-Peruana de Arica Tacna, suscrito el año 1930, que en su artículo décimo, dispone la medida de abandono inmediato del país del extranjero por infringir los artículos octavo y noveno del mismo convenio, que será decretada por la máxima autoridad regional de Arica. Sin embargo, las disposiciones establecidas en los dos últimos casos, no establecen un procedimiento aplicable en caso de ser necesario el ejercicio de la facultad de expulsión, quedando toda la reglamentación de forma y procedimiento bajo el amparo regulatorio de la legislación de extranjería vigente y su reglamento. Finalmente, se hace la prevención, de que serán ajenas

a este estudio, aquellas causales de competencia penal, que se introducen como medida sustitutiva de una pena privativa o restrictiva de libertad, introducida por la Ley 20.603 del año 2012, en su artículo 1 letra e, con relación al artículo 34 de la misma ley; y aquella establecida como medida o pena directa contenida en el Código Penal, en el artículo 472¹⁰.

4.1.2 Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República, contiene un catálogo de derechos fundamentales que tiene como destinatarios de protección, a toda persona o habitante del país; esto involucra por cierto, a los extranjeros que se encuentran dentro del territorio nacional. El artículo 19 de la Constitución, ha sido identificado como el estandarte en materia de protección de derechos; así podemos encontrar consagrados el derecho a la libertad personal, la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia, o aquellos derechos primarios o fundamentales de protección, como el derecho a la vida, la integridad física o la inviolabilidad del hogar. Estos derechos, no son exclusivos de los nacionales, sino que reservados para todo individuo que se encuentre amparado por el ordenamiento jurídico chileno, sea nacional o extranjero. Esta premisa inicial, nos lleva a identificar un primer conflicto, provocado entre la medida administrativa de expulsión amparada bajo la causal genérica de *los intereses del Estado*, y los *derechos fundamentales del extranjero* que se ve afectado con dicha medida, afectación que podría extenderse, además, a su entorno más cercano o familiar. A la luz de este escenario de conflicto entre interés y derechos, es posible sostener sin duda alguna, que son plenamente aplicables en resguardo de los afectados por una medida de expulsión, las normas que regulan la protección de los derechos fundamentales de todo individuo contenidas en la Constitución, como también aquellas normas constitucionales que regulan la legalidad de las actuaciones de los Agentes del Estado; teniendo ambos ámbitos de regulación, un rol crucial en este sentido, asegurando por un lado, que el ejercicio de la potestad pública sea ejercida conforme a las competencias otorgadas para ello (artículos 6 y 7 CPR), y por otro, que dicha medida no provoque la vulneración de los derechos fundamentales de los extranjeros afectados por ella; siendo especialmente relevante sostener en este punto, que la condición migratoria del afectado, no

¹⁰ “Condenado por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país” (Código Penal, artículo 472).

puede ser una condicionante para el respeto y protección de sus derechos fundamentales, menos aún, para el ejercicio de las acciones recursivas que tiendan a otorgarles protección, como bien lo consagran los numerales dos y tres del artículo 19 de la Constitución, al regular la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

4.1.3 Ley 19.880. Resolución que decreta la expulsión administrativa: un Acto Administrativo

La medida administrativa de expulsión, decretada en el ejercicio de la potestad pública, es un “Acto Administrativo”¹¹, por lo cual, debe cumplir los requisitos que, para todo acto administrativo, se encuentran establecidos en la Ley 19.880 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. Asimismo, serán procedentes sobre dicho acto, los recursos establecidos por dicha ley, y que podrán ser impetrados ante la misma autoridad administrativa, su superior jerárquico, o ante los tribunales de justicia en su caso. Además, la citada ley, cubrirá los vacíos en todo aquello que procedimentalmente no se encuentre regulado por la legislación de extranjería, teniendo por tanto, la citada ley, el carácter de supletoria según lo dispone el artículo primero inciso primero del mismo cuerpo legal¹².

4.1.4 Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos y Principios Internacionales

En materia internacional, el Estado de Chile ha suscrito múltiples instrumentos internacionales en materia de protección de Derechos Humanos. Algunos de los derechos consagrados y protegidos en estos instrumentos, no son parte del catálogo de protección de derechos fundamentales contemplados en la Constitución, o su regulación en ella es muy exigua, como por ejemplo la garantía del debido proceso, el principio de reunificación familiar y el principio del interés superior del niño; sin embargo, dichos derechos pasan a formar parte de ella, en un bloque de protección internacional, que ingresa a nuestra

¹¹ “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.” Artículo 3, inc. 2, Ley 19.880.

¹² “Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.” Artículo 1, inc. 1, Ley 19.880.

legislación en virtud del artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República, el cual indica que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. *Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*”¹³. En virtud del citado artículo, buena parte de la doctrina ha entendido, que esta norma otorga jerarquía constitucional (o al menos una jerarquía supralegal), a aquellas normas de protección de derechos humanos contenidas en tratados internacionales; con la condición, por cierto, de que los instrumentos que las contengan, hayan sido ratificados por Chile y que actualmente se encuentren vigentes.

Estas normas entonces, pueden ser plenamente aplicables por los tribunales del país, con efecto vinculante, como normas reguladoras en materia de protección de derechos fundamentales. En este sentido, los profesores Bassa y Torres, reconocen un avance en este punto, al indicar que “aunque tibiamente, la Corte Suprema ha aplicado directamente tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, a través de la habilitación constitucional del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política, incluso por sobre la legislación nacional”. Los autores, en relación al importante efecto que genera la aplicación de legislación internacional en materia de expulsión de extranjeros por los tribunales del país, sostienen que “...de esta forma, se ha ampliado hermenéuticamente la gama de protección de los derechos de los inmigrantes, no solo respecto de aquel al que se le aplica una medida de abandono o expulsión del país de carácter administrativa, sino que también haciéndolo extensiva a su núcleo familiar y cercano, como su cónyuge e hijos.” (Bassa y Torres, 2015: Pág. 119).

Dentro de los instrumentos internacionales ratificados por Chile que tienen mayor relevancia para el tema en estudio, se encuentran:

- 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴;
- 2) EL Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos¹⁵;

¹³ Lo cursivo es propio.

¹⁴ Suscrita en la ciudad de San José de Costa Rica con fecha 22 de noviembre del año 1969. Ratificada por Chile en 21 de agosto del año 1990. Promulgada por Decreto N° 873 del 23 de agosto del año 1990 y Publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de enero del año 1991.

¹⁵ El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200 A (XXI), de fecha 16 de diciembre del año 1966; sin embargo, no entró en vigor sino hasta el 23 de marzo del año 1976. Ratificada por Chile en 10 de febrero del año 1972. Promulgada por Decreto N° 778 del 30 de noviembre

- 3) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁶;
- 4) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes¹⁷; y
- 5) La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸.

A estos instrumentos, que son vinculantes para el Estado Chileno, se suman otros que toman la forma de *declaraciones*, que si bien no tienen la cualidad de ser vinculantes jurídicamente, deben ser observados por nuestro ordenamiento jurídico, pues buscan ser un ideal común, el cual todos los pueblos y las naciones deberían alcanzar. Entre estos instrumentos, adquieren una particular relevancia para el tema en estudio *La Declaración Universal de Derechos Humanos y La Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*.

Finalmente, así como no se realizan mayores cuestionamientos al reconocimiento internacional del derecho que tienen los Estados para la expulsión de extranjeros de su territorio, siendo reconocido como un principio que emana del derecho internacional consuetudinario; este mismo derecho consuetudinario, obliga a los Estados, en el ejercicio de las actuaciones que emanan de su potestad pública, a respetar los principios que emanan de él, y que vienen a configurarse como límites que derivan de sus relaciones interestatales; entre los cuales podemos encontrar el *principio de la prohibición del abuso del derecho*, el *principio de buena fe*, o la obligación del respeto de los *principios de ius cogens*, que son entendidos en derecho internacional, como aquellas “normas que expresan valores básicos o esenciales del ordenamiento internacional que han sido aprehendidos por la comunidad de

del año 1976 y Publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de abril del año 1989. El primer y segundo Protocolo, fueron ratificados por Chile el año 1992 y 2008 respectivamente.

¹⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Ratificada por Chile en 21 de marzo del año 2005. Promulgada por Decreto N° 84 del 12 de abril del año 2005 y Publicada en el Diario Oficial con fecha 08 de junio del año 2005.

¹⁷ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984. Ratificada por Chile en 30 de septiembre del año 1988. Promulgada por Decreto N° 808 del 07 de octubre del año 1988 y Publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de noviembre del año 1988.

¹⁸ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Chile en 13 de agosto del año 1990. Promulgada por Decreto N° 830 del 14 de agosto del año 1990 y Publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de septiembre del año 1990.

Estados en su conjunto, con la convicción de obligatoriedad de su respeto y protección” (Díaz, 2014: Pág. 561).

4.2 Causales de Expulsión en Chile

Sobre las causales para la expulsión administrativa de extranjeros en Chile, es posible constatar que, en su gran mayoría, y salvo algunas excepciones, éstas se encuentran contenidas en el D.L. 1.094, que encuentra su correlato en artículos que, de manera casi idéntica están contenidos en su Reglamento de extranjería. Son variados los métodos de orden propuestos para organizar dichas causales, pero para efectos del presente estudio, se seguirá el orden propuesto por los abogados Dellacasa y Hurtado en su libro titulado *Derecho Migratorio Chileno*. Los autores dividen las causales de expulsión administrativa en *Causales Facultativas* y *Causales Imperativas* (2017; pág. 158-161), según sea otorgada la facultad a la autoridad para disponer la medida de expulsión frente a un determinado hecho o infracción imputable al extranjero, o sea una obligación incuestionable el decretarla frente a cierto hecho, infracción o delito. Seguidamente, serán expuestas las nuevas causales de expulsión contempladas en la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, a fin de evidenciar los cambios que se experimentarán con la entrada en vigencia de la citada ley en materia de expulsiones. Finalmente se exponen las causales de expulsión Administrativa que es posible encontrar en otros cuerpos normativos.

4.2.1 Causales de expulsión en el D.L. 1.094

4.2.1.1 Causales de Tipo Facultativas en el D.L. 1.094

Frente a estas causales, la autoridad administrativa se encuentra *facultada* para decretar la expulsión del extranjero del país, al ser verificada la causal establecida por la ley.

El artículo 17 del D.L. 1.094, es la norma de mayor relevancia en la regulación de las causales de expulsión facultativas. Dicho artículo dispone que, los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, *podrán* ser expulsados del

territorio nacional. Constatándose en ésta última frase, el carácter facultativo de aplicación para la autoridad que la dictamina.

El artículo 17 contiene una doble hipótesis infraccional: a) Una de ellas debe ser constatada al ingreso del extranjero al país, y ante la infracción de haber ingresado pesando sobre él alguna de las causales establecidas en el artículo 15; b) La segunda es constatada durante la residencia del extranjero en el país, incurriendo en alguno de los actos u omisiones señalados en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 15.

El artículo 17 no realiza una descripción de las infracciones que dan origen a la expulsión, sino que se remite a lo prescrito en el artículo 15 de la misma Ley, que contiene ocho causales imperativas de prohibición de ingreso de extranjeros al país¹⁹. El resumen de las causales establecidas en los numerales del artículo 15 son las siguientes: 1) Los activistas o agitadores que propaguen doctrinas que busquen alterar o destruir el orden social del país o el sistema de gobierno, o aquellos que ejecuten delitos contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado; 2) Los que se dediquen al tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres; 3) Los condenados procesados por crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos; 4) Los que no puedan ejercer una actividad, o constituyan ser una carga social; 5) Quienes sufran enfermedades que la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al país; 6) Los expulsados por decreto supremo sin que éste se haya derogado; 7) Los que no cumplan los requisitos establecidos en la ley para ingresar al país. Excepto el caso de los menores de 18 años (en cuyo caso el ingreso podrá ser permitido), el caso del que tiene condición de asilado político, y aquellos cuyos documentos adolezcan de alguna omisión o defecto accidental; y 8) Los que han sido condenados por los delitos de ingreso al país con documentos falsificados, adulterados o a nombre de otra persona, o por ingresar al país clandestinamente, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional.-

¹⁹ En el mismo tenor y sentido, el Reglamento de Extranjería en su artículo 30 relacionado con el artículo 26 del mismo cuerpo reglamentario.

Otra de las causales facultativas de expulsión la encontramos en el artículo 71 del D.L. 1.094²⁰, la sanción para el extranjero que continúe residiendo en el país luego de haberse vencido su plazo legal de residencia, es una multa de 1 a 20 sueldos vitales; adicionalmente, se le otorga a la autoridad administrativa, la facultad de que pueda disponer el abandono obligado del país, o la expulsión del extranjero. Esta sanción facultativa otorgada a la autoridad, como bien lo observan Dellacasa y Hurtado, no corresponde a un grado superior de la pena por la infracción cometida, sino a una facultad que debería ser aplicada solo en casos graves, adicionalmente a la multa establecida (2017; pág. 159).

En el artículo 72 del D.L. 1.094, que sanciona con una multa de 1 a 20 sueldos vitales, a los extranjeros por incumplir las obligaciones de registro, obtención de cédula de identidad y comunicación a la autoridad cuando corresponda, del cambio de domicilio o de actividades; en la parte final de la citada norma, se otorga a la autoridad administrativa, la facultad de decretar la expulsión del extranjero, en el caso de *infracciones graves o reiteradas a las disposiciones de este decreto ley*. Como es posible apreciar, la misma norma regula que el incumplimiento debe satisfacer el carácter de *grave o reiterado*. Sin embargo, el ente llamado a sopesar que una infracción sea grave y reiterada es la misma autoridad administrativa, por lo cual, la justificación de la resolución que decreta la expulsión cobra en este caso, especial relevancia para eventuales acciones judiciales.

Otra norma que regula una causal facultativa de expulsión la encontramos en el artículo 80 del D.L. 1.094, que dispone en su inciso segundo, que, si el infractor de una multa por infracción migratoria, no realiza el pago dentro del plazo de 15 días hábiles, contados desde que la resolución administrativa ha quedado firme, éste podrá ser expulsado del territorio nacional²¹. Es curioso advertir en este punto, la desproporción de la medida establecida, sin los parámetros de gravedad o reiteración que ya se han apreciado en otras disposiciones; esto, teniendo en cuenta que la infracción pudiera ser cualquiera que lleve aparejada una sanción de multa, y que al quedar firme la resolución administrativa, por el solo hecho del no pago, sin exigir gravedad o reiteración en el hecho, podría disponerse la expulsión del extranjero.

²⁰ En el mismo tenor y sentido, el Reglamento de Extranjería en su artículo 148, que utiliza el verbo permanecer en lugar de residir, amplía la comprensión de dicho concepto y utiliza como multa el concepto de ingreso mínimo en lugar de ingreso vital.

²¹ En el mismo tenor y sentido, Reglamento de Extranjería artículo 160.

4.2.1.2 Causales de Tipo Imperativas en el D.L. 1.094

Frente a estas causales, la autoridad administrativa se encuentra *obligada* a decretar la expulsión del extranjero del país, al ser verificada la causal establecida por la ley.

Los artículos 68 y 69 del D.L. 1.094, regula dos delitos migratorios por los cuales el extranjero puede ser objeto de expulsión: a) Los extranjeros que *ingresen al país o intenten egresar de él, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona o hagan uso de ellos durante su residencia*. Los que incurran en este hecho, y luego de cumplida la pena impuesta por el delito señalado, deberá disponerse para ellos su expulsión. (Artículo 68)²². - b) Los extranjeros *que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente*. Las penas aflictivas por este delito se incrementan cuando es realizado por lugares no habilitados o cuando sobre el extranjero existe una causal de impedimento o prohibición de ingreso al país. En todos los casos, los que incurran en este hecho, y luego del cumplimiento de las penas impuestas por el delito señalado, deberán ser expulsados del país. (Artículo 69)²³.

También el artículo 75 del D.L. 1.094, dispone en la parte final de su inciso primero, que, si se estableciere que ha existido simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo del extranjero, para que se le otorgue la respectiva visación, *se aplicará a éste la medida de expulsión del territorio nacional*, sin perjuicio de formularse el requerimiento o la denuncia que corresponda a la Justicia Ordinaria.²⁴ Entonces la expulsión en este caso, de constatarse el hecho, es imperativa y debe ser dictaminada por la autoridad administrativa. No es posible dejar de apreciar, que en consideración con el hecho que da lugar a la expulsión, parece ser que una sanción tan agravante como la expulsión, es desproporcionada, más aún teniendo en cuenta que al empleador contratante solo se le aplica una multa de 1 a 50 sueldos vitales.

Otra norma que regula una expulsión imperativa, la encontramos en el artículo 67 del D.L. 1.094, el cual regula la revocación o rechazo de la renovación de algunas de las autorizaciones que habilitan al extranjero a permanecer en el país. Ante esta situación, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas para que abandonen voluntariamente el país. La voluntariedad relatada en

²² En el mismo tenor y sentido, Reglamento de Extranjería artículo 145.

²³ En el mismo tenor y sentido, Reglamento de Extranjería artículo 146.

²⁴ En el mismo tenor y sentido, Reglamento de Extranjería artículo 154 inc. 1.

el artículo no es tal, y en concreto, el plazo dictado por la autoridad tiene el carácter de fatal, por el cual el extranjero debe dejar el país, a fin de no ser objeto de un decreto de expulsión, tal como la misma norma lo explica al indicar que “Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión.”²⁵.

4.2.2 Causales de expulsión en la Ley 21.325

Las causales de expulsión en la nueva ley 21.325 de Migración y Extranjería, se dividen bajo criterios dispuestos por la propia ley, entre aquellas causales dispuestas: a) para aquellos extranjeros que sean titulares de un permiso de permanencia transitoria y para aquellos para aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país; y b) aquellas causales dispuestas para los titulares de un permiso de residencia.

El artículo 127 de la ley, regula el primer grupo de causales para titulares de permanencia transitoria y aquellos que carezcan de permisos para residir, siendo causales de expulsión:

1. Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en el artículo 32, con excepción de lo dispuesto en el N° 2 de dicho artículo, salvo que respecto a las primeras se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29²⁶.

2. Incurrir durante su permanencia en el país en alguna de las causales del artículo 32, con excepción de la señalada en el número 2 de dicho artículo.

²⁵ En el mismo tenor y sentido, Reglamento de Extranjería artículo 142 bis.

²⁶ Artículo 29.- Ingreso condicionado. Excepcionalmente, por causas de índole humanitaria, la policía podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos en esta ley y su reglamento.

La Subsecretaría, mediante resolución, podrá dictar instrucciones generales respecto de las causas que podrán ser calificadas de índole humanitaria.

En aquellos casos en que la policía permita el ingreso por causas no contempladas en las instrucciones generales mencionadas en el inciso precedente, deberá informar a la Subsecretaría de estas circunstancias dentro de cuarenta y ocho horas, a objeto de que se adopten las medidas migratorias correspondientes.

3. No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país señalada en el artículo 91²⁷, dentro del plazo fijado por resolución del Director Nacional del Servicio.
4. Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de permanencia transitoria.
5. Reincidir en la conducta de ejercer actividades remuneradas sin tener autorización o estar habilitado para ello, habiendo sido sancionado previamente por esta misma conducta.
6. Efectuar declaraciones falsas, adulteración o falsificación en cualquier clase de documento al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o para obtener un beneficio migratorio para sí o para un tercero.

El artículo 128 regula el segundo grupo de causales para titulares de permisos de residencia, siendo causales de expulsión:

1. Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en los números 1 u 8 del artículo 32, salvo que se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29.
2. 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.
3. No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país señalada en el artículo 91, dentro del plazo fijado por resolución del Servicio.
4. Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de residencia sin haber solicitado su renovación en el plazo de nueve meses, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 37, contado desde el vencimiento del mismo, salvo que por caso fortuito o fuerza mayor el extranjero no pudo realizar tal renovación.

Varias de las causales establecidas anteriormente, están vinculadas con el artículo 32 de la ley, que establece las condiciones de prohibición imperativa de ingreso al país de un extranjero, artículo que por su influencia se reproduce a continuación:

“Artículo 32.- Prohibiciones Imperativas. Se prohíbe el ingreso al país de los extranjeros que:

²⁷ Referido a los rechazos o revocaciones de los permisos de residencia o permanencia, su procedimiento y abandono del país del afectado.

1. Hayan sido condenados, se encuentren procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente en el extranjero, por pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas o se encuentren registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), o la organización que la reemplace o suceda por cualquiera de los hechos señalados anteriormente. Esta prohibición también recaerá sobre aquellas personas que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior.
2. Padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria determine que constituyan causal de impedimento de ingreso a Chile, conforme a las normas establecidas en el Código Sanitario. El listado de enfermedades deberá estar establecido por resolución exenta previamente publicada.
3. Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los cinco años anteriores.
4. Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso o una orden de abandono o expulsión firme y ejecutoriada, y que se encuentre vigente, ya sea de origen administrativo o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida.
5. Hayan sido condenados en Chile o en el extranjero, o se encuentren en procesos judiciales pendientes en el extranjero informados por la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) o por los organismos de justicia con que Chile tiene convenios, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, trata de personas según lo dispuesto en el artículo 411 quáter inciso segundo del Código Penal, lesa humanidad, genocidio, tortura, terrorismo, homicidio, femicidio, parricidio, infanticidio, secuestro, sustracción o secuestro de menores considerando lo prescrito en el artículo 141 inciso quinto e inciso final del Código Penal, robo con intimidación o violencia, robo con homicidio y robo con violación; la comercialización, producción, importación, exportación, distribución, difusión, adquisición, almacenamiento o exhibición de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, donde se utilice menores de edad; aquellos contemplados en los párrafos V y VI del Título séptimo y en los artículos 395, 396 y 397 numeral 1º, todos del Libro II del Código Penal.

6. Hayan sido condenados en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita, o no haya sido efectivamente cumplida, con excepción de aquellos casos en que deban reingresar al país para efectos de dar cumplimiento a la condena.
7. Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
8. No cumplan los requisitos de ingreso establecidos en esta ley y su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las categorías migratorias.
9. Hubieren contravenido normas fundamentales del derecho internacional, o estén procesados o condenados por el Tribunal Penal Internacional.”.

En la regulación de causales de expulsión de los artículos 127 y 128, resulta importante destacar que a diferencia de las causales contenidas en el D.L. 1.094, éstas contemplan situaciones fácticas que pueden ser corroboradas con los antecedentes correspondientes, reduciendo o más bien prescindiendo de causales con conceptos jurídicos abiertos, como los conceptos de *moral* y *buenas costumbres* contenido en el artículo 15 N° 2 del D.L. 1.094, que normalmente son utilizados para dotar de justificación los decretos de expulsión, y que al ser revisados judicialmente, muchos de ellos son considerados arbitrarios por falta de fundamento.

En cuanto a la obligatoriedad de decretar la medida de expulsión por parte de la autoridad administrativa, a pesar de que varias de las causales de expulsión hacen alusión al artículo 32 sobre prohibiciones imperativas de ingreso, en la ley 21.325 no basta con ser verificada la causal de expulsión, hay una condicionante más, pues es la propia ley en su artículo 129, la que obliga a la Administración a fundamentar, o mejor dicho sopesar, dicha decisión tomando en cuenta *previamente* aspectos personales del afectado como la gravedad de los hechos, los antecedentes delictuales, la permanencia regular en Chile, tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o con residencia definitiva, tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva, tener en consideración el interés superior del niño, o la contribución social en sus diferentes ámbitos en su permanencia en el país. A ello debemos añadir los principios fundamentales de protección que se encuentran contenidos en el título segundo de la citada ley, en particular el artículo 12 que indica que los derechos reconocidos en la ley

deben ser interpretados según la norma más amplia y las restricciones o suspensiones de derechos de acuerdo a la norma más restrictiva.

4.2.3 Causales de expulsión reguladas en otros cuerpos normativos

4.2.3.1 Artículo 4 y 5 de la Ley 20.430

En lo que respecta a la expulsión de extranjeros, los artículos 4 y 5 de la ley 20.430, consagran, en congruencia con los compromisos internacionales, el principio general de *no expulsión* de personas que tengan la condición de refugiados o sean solicitantes de dicha condición. Excepcionalmente el artículo 5 de la citada ley, dispone que podrá disponerse la expulsión de un refugiado, cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen. De ser procedente dicha excepción, la Ley 20.430 remite la implementación de la medida, a los procedimientos legales vigentes, esto es, la legislación vigente de Extranjería.

4.2.3.2 Artículo 10: Convenio Arica-Tacna

Para el tránsito fluido entre las ciudades fronterizas de Arica en Chile y Tacna en Perú, se suscribe en el año 1930, el Convenio de Tránsito de personas en la zona fronteriza chileno-peruana de Arica-Tacna; convenio que aún se encuentra vigente. Dicho convenio dispone en su artículo 10, que si un titular de salvoconducto, contraviene lo dispuesto en el artículo octavo del convenio (que establece la permanencia de solo 7 días, que pueden ser prorrogables por la autoridad, en la zona sujeta a convenio), o en el artículo noveno (salir fuera de la zona sujeta a convenio, realizar actividad con fines de lucro o fijar domicilio en la zona sujeta a convenio), implicará el abandono inmediato del país, dentro de las 24 horas de comprobada aquella, junto con la prohibición de acogerse en lo sucesivo a las facilidades del convenio. Esta sanción deberá ser aplicada por la autoridad política de mayor jerarquía de Arica, lo que para el caso particular será el Delegado Presidencial Regional. La sanción descrita en este convenio, por las infracciones cometidas en virtud de los artículos expuestos, no responde sino a una expulsión del extranjero del territorio nacional, bajo la descripción y fórmula de *abandono inmediato del país*.

4.3 Procedimiento de Expulsión Administrativa en Chile

Los cambios y avances contenidos en materia de procedimiento de expulsión de extranjeros en la nueva ley 21.325 son particularmente alentadores y positivos en comparación con las exiguas normas de procedimiento contenidas en el D.L. 1.094. Ambas regulaciones sobre la materia serán revisadas en este apartado, sin embargo, es necesario hacer presente y recordar nuevamente, que el cuerpo normativo establecido en ley 21.325 no estará vigente sino hasta que sea publicado su reglamento, como ya se señalara anteriormente en este trabajo, por lo cual, todo el estudio y las normas de procedimiento contenidas en los siguientes capítulos, en particular, la jurisprudencia emanada de la revisión de sentencias dictadas por las diferentes cortes del país, basan su crítica y fundamento en lo regulado en el D.L. 1.094, que es la norma que en consecuencia tiene vigencia extendida y circunstancial para estos efectos; y solo veremos los efectos prácticos de la nueva normativa legal, cuando, estando vigente, ésta comience a tomar un papel importante en las diferentes acciones impetradas por extranjeros afectados por medidas de expulsión Administrativa.-

4.3.1 Procedimiento de Expulsión Administrativa en el D.L. 1.094

No existe en el D.L. 1.094 y su reglamento, un procedimiento estructurado y armónico para la ejecución de la sanción de expulsión de extranjeros. La legislación de extranjería vigente, solo contiene algunas normas que regulan ciertos aspectos o momentos del procedimiento, por lo cual, los vacíos existentes, han sido ser cubiertos por los principios y normas establecidas en los diferentes instrumentos de nuestro ordenamiento jurídico, y en particular las contenidas en la ley 19.880.

En cuanto a las resoluciones que decretan la expulsión y las autoridades llamadas a decretarlas, el Artículo 84 del decreto ley, dispone como regla general, que la expulsión administrativa sea decretada por *Decreto Supremo Fundado*, suscrito por el Ministro del Interior, bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”. Dicho decreto se encuentra afecto al trámite de Toma de Razón²⁸. Dicho instrumento contendrá también, los

²⁸ Artículo 16 de la Resolución N° 7 de la Contraloría General de la República, que Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, de fecha 26 de marzo del año 2019.-

recursos que pueden ser impetrados por el afectado en contra de la medida. El artículo citado contempla, además como excepción, que para el caso de los extranjeros que sean titulares de un permiso de turismo, o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, será una *resolución* del Intendente Regional respectivo²⁹, la que dispondrá la expulsión, sin más trámite; resolución que se encuentra exenta del trámite de Toma de razón. A pesar de no ser mencionado, ésta última resolución debe contener también los fundamentos que la motivan, pues se trata de un acto administrativo, y en virtud del artículo 11 inciso segundo de la Ley 19.880, siempre deberán expresarse los fundamentos que afecten los derechos de los particulares.

En cuanto a la notificación al afectado de la resolución de expulsión, es del caso aclarar, que lo que se notifica al extranjero es la resolución final de expulsión, como un acto administrativo decisorio o terminal, en el cual, la autoridad ha resuelto el fondo del asunto, teniendo a la vista el informe técnico policial, pero sin que el afectado tenga la posibilidad de ser oído, y ante el cual, el afectado solo puede oponerse a tal acto mediante los recursos dispuestos para ello, situación que, para la doctrina especializada nacional, es vulneratoria de las garantías del debido proceso y la defensa del afectado, en particular el derecho a una defensa técnica especializada, tal como lo hacen ver las autoras Lawson y Rodríguez, al indicar que “Un informe negativo [de la Policía de Investigaciones] o que, por ejemplo, refleje un ingreso irregular al país es suficiente para dar lugar a la imposición de una medida de máxima gravedad como es la expulsión, en desmedro de la exigencia de una investigación y un procedimiento racional y justo, consagrado en la Constitución Política de la República y, en lo particular, vulnerando su derecho a la defensa y su posibilidad de desvirtuar lo que se señala en su contra.” (2016: Pág. 224).

El artículo 90 del D.L. 1.094 y el artículo 173 del reglamento de extranjería, disponen que la medida de expulsión será notificada por la Policía de Investigaciones de Chile, en forma escrita y personalmente al afectado, la que deberá ser firmada por el afectado (o dejar

²⁹ La Ley 21.073, elimina la figura de Intendente Regional que es reemplazado por el de Delegado Presidencial Regional. En virtud del artículo 2 letra g) del DFL N°1 del año 2005, que fija el texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional; la competencia para disponer la expulsión de los extranjeros del país, recae sobre el Delegado Presidencial Regional, que es el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción. -

constancia de su negativa a firmar), y por los funcionarios encargados de dicha notificación. En dicha resolución se indicará el día y hora de notificación y de la manifestación del extranjero afectado de recurrir de la resolución notificada o de su conformidad con ella. En este último caso, indican los artículos citados en cada texto normativo, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite. Si ha manifestado su intención de recurrir y pasado 24 horas no ha interpuesto el recurso, o interpuesto ha sido improcedente, o desde las 24 horas siguientes a que el recurso haya sido rechazado, se procederá a cumplir con la expulsión. Es del caso indicar que el derecho a recurrir, en principio, solo está reservado para aquellos extranjeros que hayan sido afectados con la medida de expulsión por decreto supremo por parte del Ministro del Interior (recurso de Reclamación), y no por aquellos afectados por expulsión mediante resolución administrativa por parte del Intendente Regional (actualmente el Delegado Presidencial Regional), pero, como veremos en los próximos capítulos, la necesidad de protección y resguardo de los derechos de los afectados, ha hecho que el recurso de amparo, venga a ser un recurso efectivo contra la medida decretada en ambos casos.

Finalmente, a fin de dar efectividad a la medida de expulsión, el artículo 176 del Reglamento de extranjería, dispone que se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias. El artículo 174 del mismo cuerpo legal dispone, que el lugar en que el extranjero afectado permanezca privado de libertad mientras se tramita el recurso de reclamación, será dispuesto por el Ministro del Interior o el Intendente Regional (hoy Delegado Presidencial Regional), omitiendo expresar las condiciones en que debe llevarse a efecto dicha privación. Sobre este punto, el 28 de marzo del año 2013, fue suscrito el Protocolo de actuación para expulsión de extranjeros infractores, entre el Ministerio del Interior y la Policía de Investigaciones, el cual dispone en su punto quinto que *La Policía de Investigaciones de Chile, habilitará en las Regiones Policiales y unidades dependientes, módulos especiales para la permanencia transitoria de extranjeros expulsados, los que deberán contar con las condiciones sanitarias y de habitabilidad adecuadas, separados entre hombres y mujeres e independientes de las instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales*. Lo que tímidamente pudiera inferirse como una directriz de conducta protectora de derechos frente a las privaciones de libertad, por causas de expulsión administrativa.

4.3.2 Procedimiento de Expulsión Administrativa en la Ley 21.325

Uno de los cambios que se aprecian con la simple lectura de la nueva ley 21.325, es el aumento de los procedimientos establecidos en ella; pudiendo extrañar quizás, el establecimiento de un procedimiento general que abarcara nuevas situaciones que irán surgiendo a medida que el fenómeno migratorio se siga complejizando. Sin embargo, el avance en materia de procedimientos es sustantiva, y es que no podría ser tomado de otra forma, pues en virtud de la garantía del debido proceso consagrado en el artículo 21 como un principio fundamental de la ley, el extranjero que se encuentre en un procedimiento de expulsión frente a la Administración por circunstancias migratorias, tendrá el derecho a ser oído, pudiendo aportar antecedentes que prueben sus dichos con antelación a una resolución por parte de la autoridad llamada a hacerlo; lo cual, a la luz de la garantía citada, parece obvio y evidente, pero cuya posibilidad no se encuentra consagrada en las pocas normas de procedimiento de expulsión establecido en el D.L. 1.094, donde como ya se indicara, la primera noticia que tiene el afectado sobre el procedimiento en su contra, ocurre cuando le es notificada la resolución que decreta su expulsión, quedando solo al amparo de las acciones recursivas como se verá en los capítulos siguientes en este trabajo.

Con relación al nuevo procedimiento para decretar y ejecutar la expulsión administrativa de un extranjero, el artículo 126 indica que la expulsión puede ser decretada por *resolución fundada de la autoridad administrativa*, o por el *tribunal con competencia penal* en virtud de la ley N°18.216. En el ámbito Administrativo, el artículo 132 nos señala que dicha medida será impuesta mediante resolución fundada del Director Nacional del Servicio³⁰, pudiendo designar éste mediante resolución, a los directores regionales en sus respectivas regiones, para imponer la medida de expulsión a aquellos extranjeros titulares de permiso de permanencia transitoria. Solo excepcionalmente, en casos debidamente calificados y por razones fundadas en la seguridad interior o exterior del Estado, podrá disponer la expulsión el Subsecretario del Interior. Vemos en esta disposición, un primer cambio en la competencia de quien decreta la medida de expulsión, cuya competencia general recae ahora sobre el Director Nacional del Servicio Nacional de Migraciones, extinguiendo

³⁰ El artículo 156 de la Ley 21.325 crea un nuevo organismo estatal, denominado Servicio Nacional de Migraciones, que tendrá a su cargo la gestión y política nacional de Migración y Extranjería.

las facultades del Intendente y reduciéndola casi completamente con relación al Subsecretario del Interior.

En relación al procedimiento como tal, sea que el procedimiento de expulsión sea iniciado por rechazo o revocación de permiso de residencia o permanencia de conformidad al artículo 91, o por infracción de algunas de las causales establecidas en los artículos 127 y siguientes, y *previamente* a la dictación de la medida, el extranjero afectado deberá ser notificado personalmente en el caso de infracción de causales del artículo 127 y siguientes, y por correo electrónico o carta certificada en el caso del artículo 91; a fin de que el afectado pueda presentar sus descargos ante la autoridad administrativa, para lo cual tendrá un plazo de 10 días. Dictaminada la expulsión por la Administración, el artículo 147 nos indica que la *medida de expulsión será siempre notificada personalmente* al afectado por la policía; y en el acto de la notificación, se le entregará copia íntegra de la resolución de conformidad al artículo 5, dejando constancia de este hecho en un acta bajo la firma del afectado y el funcionario, o en su caso, la constancia de que el afectado no quiso firmar. El acta indicará la fecha, hora y lugar donde se practicó la notificación. En este acto, se deberá informar al afectado de sus derechos y obligaciones, especialmente de los recursos judiciales que le asisten, la autoridad ante quien debe deducirlos y los plazos con que cuenta para ello, además de la indicación precisa de la ubicación y horario de atención de la Corporación de Asistencia Judicial que le corresponda, cuya defensa jurídica es un derecho de conformidad al artículo 141 de la ley. La nueva ley 21.325 de Migración y Extranjería, conserva el recurso judicial de reclamación contra medidas de expulsión, con algunos cambios en su tramitación y ampliando su cobertura para todas las medidas de expulsión a diferencia de lo prescrito en el D.L 1.094 en que solo era pertinente para expulsiones decretadas por Decreto Supremo. Según nos indica el artículo 141, se establece un plazo de 10 días para interponerlo desde la notificación de la medida y debe ser fundado. Se entablará ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante y podrá ser interpuesto por el afectado o por cualquiera a su nombre. La causa gozará de preferencia para su vista y fallo, debiendo ser resuelta en el tercer día. Con relación a la integridad del afectado, mientras se tramita el recurso, se suspenderá la orden de expulsión, y la autoridad migratoria solo podrá establecer las medidas de control de fijación de domicilio, presentación periódica a las dependencias u otras que no impliquen la privación de libertad del afectado, según lo dispone el artículo 142. De ejecutarse la medida,

el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para dicho fin por un plazo máximo de 48 horas, según lo dispone el artículo 134. Todas las medidas de expulsión decretadas, contendrán el plazo por el cual al afectado se le prohíbe el ingreso al país. - Finalmente el artículo 131 indica que si algún extranjero ingresa al país mientras se encuentra vigente una medida de expulsión, abandono o prohibición de ingreso al país, será reembarcado o devuelto a su país de origen en el más breve plazo sin necesidad de una nueva resolución; sin embargo, aún en este caso, el extranjero tendrá derecho a ser oído por la autoridad, previo a la ejecución de la medida, ser informado del procedimiento de reconducción, poder comunicarse con familiares que se encuentren en Chile y ser asistido por un intérprete.

Con relación al procedimiento descrito, tres puntos a destacar, lo primero es que parece muy interesante apreciar como en todo el procedimiento, el resguardo por la integridad del extranjero afectado se establece como un estandarte de protección, tanto en el procedimiento, como en su integridad personal. En segundo lugar, se provee de una obligación de asistencia jurídica en favor del afectado a cargo de la Corporación de Asistencia Judicial, aunque sería mucho más conveniente que se pensara a futuro incorporar una defensoría judicial especializada en asuntos migratorios que puedan defender exclusivamente a los afectados por este tipo de situaciones. En tercer lugar, el recurso de reclamación cambia desde los estrados de la Corte Suprema a la Corte de Apelaciones, aunque no se precisa si estas últimas harán su revisión en primera o en única instancia, lo cual deja un manto de dudas en cuanto a la posibilidad de revisión de la sentencia emanada desde las cortes de apelaciones. Sin embargo, es posible entender que, al amparo de la garantía del debido proceso, consagrada en la misma ley, es dable señalar que procede el recurso de apelación para ante la Corte Suprema.

II. LÍMITES JURÍDICOS AL DERECHO DE EXPULSIÓN

1. MARCO CONCEPTUAL

Como ya fuera mencionado en la parte preliminar de este informe, el derecho inherente que tiene el Estado para ejercer la facultad de expulsar extranjeros de su territorio, en ningún modo es un derecho ilimitado, pues encuentra sus límites al amparo del Derecho Internacional, y por las normas de extranjería y protección de derechos fundamentales contenidos en la legislación interna del país. Dicho de otro modo, en el ejercicio de la potestad pública practicada por la Administración, al decretar y ejecutar una medida de expulsión, los órganos de la administración del Estado, no solo deben cumplir o satisfacer los requisitos de la norma particular que los faculta para ello, sino que además deben observar la protección y el respeto de los derechos, principios y obligaciones contenidos en los diversos instrumentos internacionales adoptados por el Estado de Chile, como también aquellos que se encuentran contenidos en la propia legislación nacional, los que vienen a constituir los límites jurídicos al derecho de expulsión, que podríamos definir para efectos de este trabajo, como aquellos derechos o principios de tal trascendencia, que tienen la capacidad de constreñir la decisión de decretar o ejecutar una medida de expulsión por parte de la Administración, o los efectos emanados de ella.-

Los límites que serán expuestos en este trabajo, serán distribuidos de la siguiente forma: en una primera parte se encontrarán los Límites Inherentes al Derecho Internacional, en cuyo apartado se estudiará el principio de buena fe, La Prohibición a la Arbitrariedad, el Trato de los Extranjeros, y la Prohibición del Abuso del Derecho. Seguidamente se estudiarán los Límites sustantivos en respeto de los Derechos Humanos, siendo parte de éste el derecho a la vida, el respeto por la dignidad, el derecho a la libertad personal, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, los derechos vinculados a la vida familiar y el derecho a la no discriminación. Luego serán analizados en forma separada el principio de Proporcionalidad, el principio de Legalidad y la Garantía del Debido Proceso. Es del caso advertir, que no es la ambición de este trabajo incluir la totalidad de principios y derechos que pudieran ser exigibles como límites al ejercicio de la medida de

expulsión por parte del Estado, sino más bien dar un panorama general de los que aparentan ser los más importantes, a objeto de otorgar una comprensión general al tema analizado.

2. LIMITES INHERENTES AL DERECHO INTERNACIONAL

Son variados los principios en el ámbito del derecho internacional, que en mayor o menor medida pueden ser invocados como límites a la facultad o derecho que tienen los Estados de expulsar extranjeros de su territorio, por lo cual, en este apartado daremos especial atención a aquellos que aparentan tener una mayor vinculación con la materia en estudio. Es del caso indicar en este punto, que si la legislación interna remite para una situación particular la aplicación de un principio o derecho contenido en un tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente, no existe duda alguna de la aplicabilidad directa de dicha norma por parte de la Administración o los tribunales de justicia en su caso. El problema surge entonces, con aquellos principios de derecho internacional que son aceptados y respetados por los Estados, y que son considerados como parte del derecho consuetudinario, y ante los cuales el derecho interno guarda silencio respecto de una remisión a ellos. Esta situación ha sido resuelta por la doctrina y la jurisprudencia, los cuales han estado contestes en otorgar validez jurídica a dichos principios, aún en ausencia de remisión expresa a ellos por parte de la ley interna (Díaz; 2013. Pág. 399-400).

2.1 Principio de Buena Fe Internacional.

Como principio general del derecho internacional, el principio de *buena fe* puede ser entendido como la exigencia de que un Estado cumpla con sus obligaciones o ejerza sus derechos de modo justo, razonable y honesto, que sea coherente con la finalidad de esas obligaciones y derechos (ONU, 2006: Párrafo 210). Este principio lo vemos consagrado en diversos instrumentos internacionales. Un ejemplo de ello, es el numeral segundo del artículo 2 de La Carta de las Naciones Unidas de 1945, el cual indica que “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de *buena fe* las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”. Así también, en el ámbito del cumplimiento de los tratados internacionales, podemos verlo

consagrado en el punto 26 de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los tratados, manifestado en el principio internacional *Pacta sunt servanda* (Los pactos deben ser cumplidos)³¹, al indicar que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe.

Este principio viene a fijar un límite al poder discrecional de los Estados en el procedimiento de expulsión de un extranjero que se encuentre en su territorio, pues le obliga a actuar de conformidad con el espíritu de la ley, ejercitando dicho poder de forma razonable y honesta. En la práctica, este principio afecta el actuar del Estado en materia de expulsión, pues debe cumplir con el requisito de que exista *una justificación o causa razonable* para la expulsión, en consideración con los derechos fundamentales del afectado y su familia; esto es, el Estado solo puede poner en ejercicio el derecho de expulsión, cuando la presencia del extranjero sea contraria a los intereses del Estado y éstos intereses sean superiores a los derechos fundamentales del afectado y su familia, constituyéndose así, en un instrumento de ayuda para determinar los factores que deberían ser ponderados por el Estado, para decretar y ejecutar la expulsión de un extranjero (ONU, 2006; párr. 210-226).

2.2 Prohibición a la Arbitrariedad.

En el punto 10 de la Observación General número 15, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas del año 1986, sobre la Situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, comentando sobre el artículo 13 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, se ha entendido que el citado artículo 13, contiene una prohibición tácita de arbitrariedad, al indicar que *“El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias”*.

Como límite al derecho de expulsión, este principio tiene injerencia tanto en el fundamento de la decisión de expulsar un extranjero del territorio nacional, en el

³¹ Definición obtenida de la Biblioteca Jurídica del departamento de investigaciones de la UNAM. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1093/16.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

procedimiento a través del cual se ejecuta la decisión de expulsión, como también, en la forma en que la expulsión es llevada a cabo; siendo ésta última la que ha dado lugar a las reclamaciones más frecuentes (Nuño; 2014. Pág. 60). En cuanto al límite a la decisión de expulsar, y dado a que se ha entendido que la carga de la prueba ante dicho principio, recae en quien la alega; la falta de fundamento en la expulsión, podría ser útil como medio de prueba en favor de la causa alegada por el afectado, a fin de establecer que una medida particular de expulsión es carente de un fundamento lógico o legal, y, por tanto, es arbitraria.

2.3 Trato de los Extranjeros.

Las normas de regulación de trato de extranjeros, fueron desarrolladas en respuesta a la confiscación y nacionalización de los bienes de los extranjeros, estudiándose en ella la *denegación de justicia*, el *trato nacional* y la *norma internacional mínima* respecto del trato de extranjeros. Si bien todas ellas podrían estar de alguna medida vinculadas con la materia de expulsión en estudio, como principio inherente al derecho internacional, es la *norma internacional mínima* respecto del trato de extranjeros, la que tiene una mayor influencia en materia de expulsión de extranjeros. Dicha norma específica que, independiente de la forma en que un Estado pueda tratar a sus nacionales, hay cierto grado de trato humano que no se debe violar respecto de los extranjeros (ONU, 2006; Párrafo 240). A pesar de que dicha norma tuvo mucha influencia en las décadas posteriores a las guerras mundiales, el consistente avance de un sistema internacional de derechos humanos, ha hecho entrar en decadencia dicha norma, que era satisfecha con estándares mínimos, pues la infracción debía ser equiparada a la de un ultraje, mala fe o el abandono deliberado de los deberes. Como bien lo indica Nuño al referirse a este tema, la doctrina moderna ha entrado a criticar estos estándares, ya que no establecen exigencias sustantivas ni procesales claras y precisas para determinar la legitimidad de la expulsión (2012: Pág. 62). Por lo cual, con el avance de la consagración explícita de los derechos humanos en los diferentes instrumentos internacionales, es probable que este principio comience a perder su fuerza y valor vinculante.

2.4 Prohibición del abuso del derecho.

Este principio, tomado del derecho romano, se sintetiza en la máxima de que *nadie puede dañar a otro con el ejercicio de un derecho propio*. Se ha desarrollado mayormente en la doctrina internacional, no siendo totalmente pacífica su aceptación como un principio de derecho internacional. El concepto de abuso de derecho con relación a los estados, se refiere al ejercicio que hace un Estado en forma ilegítima de una facultad que de otro modo sería legítima (ONU, 2006; Párrafo 202). De su concepto podemos inferir entonces, que ante una Administración que tiene atribuciones legales para actuar, al ejecutarlas, su ejercicio puede resultar excesivo e ilegítimo, sea por la intención de provocar daño, o por la falta de valoración de las circunstancias particulares y los restantes derechos involucrados. Para Nuño, el abuso del derecho no es un principio general del Derecho Internacional, pero le otorga valor al cumplir un rol integrador ante las no poco frecuentes lagunas jurídicas y la falta de precisión normativa (2012. Pág. 57).

La eficacia de este principio en materia de expulsiones radica mayormente en ser una guía útil para determinar las limitaciones al derecho de expulsión, mediante la atención en los móviles que motivan la expulsión y la forma de llevarla a cabo (ONU, 2006; Párrafo 208).

3. LÍMITES SUSTANTIVOS EN RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Determinar si un extranjero afectado por una medida de expulsión, puede aspirar a la protección de sus derechos fundamentales más básicos, no merece análisis en contrario y la respuesta a este respecto solo puede ser positiva. En este sentido, el relator especial Maurice Kamto, en el Quinto informe sobre la Expulsión de extranjeros, realizado para la comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas el año 2009, se refiere a los derechos fundamentales y los define como un conjunto de derechos, que [para ser protegidos] no admiten ninguna excepción. Su lista varía según las convenciones, pero coinciden en un pequeño número que constituye un conjunto mínimo destinado a proteger la integridad y la seguridad de la persona (Kamto, 2009: Párrafos 28-29). Estos derechos emanados del sistema internacional de protección de los derechos humanos, son aquellos que deben ser considerados como herramientas fundamentales en la protección del afectado por una medida

de expulsión y la de su familia, frente al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado. En el presente trabajo serán revisados los siguientes derechos: el derecho a la vida; el respeto por la dignidad; el derecho a la libertad personal, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; los derechos vinculados a la vida familiar; y el derecho a la no discriminación. En lo sucesivo, se abordarán cada uno de estos derechos, en torno a su exigencia internacional y su correlato en la legislación chilena.

3.1 El derecho a la vida:

El derecho a la vida, es el más elemental de todos los derechos, es un derecho individual, y para ser titulares de este derecho solo se exige la existencia del individuo. Sin la protección de este derecho, el disfrute de los demás derechos es solo una quimera. A pesar de que es un derecho elemental que se encuentra consagrado en la generalidad de los catálogos de derechos humanos, no existen en ellos definiciones expresas sobre el mismo, dándose por sentado su entendimiento, aunque los matices para este derecho en cada instrumento puedan tener algunas variaciones.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo tercero, dispone en términos contundentes que *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*, su claro tenor no deja lugar a especulaciones o excepciones interpretativas, siendo la vida objeto de protección en su comprensión más amplia. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales, utiliza una fórmula que abre cierta relatividad a este derecho, al indicar en su artículo sexto que *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”*. El Pacto entonces, en su fórmula empleada, restringe la vulneración de este derecho a la privación ejecutada en forma arbitraria, a contrario sensu, se puede inferir entonces, que se puede privar de la vida si no ha operado para ello la arbitrariedad. La misma fórmula es utilizada por la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer en su artículo cuarto numeral primero que: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”*. Sobre este artículo Cecilia Medina señala que la *Convención* adjetiva la privación de la vida; el derecho no es absoluto, en el sentido de que existen situaciones en que es posible privar

de la vida sin incurrir en la violación del artículo 4.1 (2018. Pág. 173). Analizando la norma de manera positiva, la arbitrariedad es un cartabón de medida, que excluye de ella, aquellas conductas legalmente permitidas, como la legítima defensa o las sentencias de penas de muerte ejecutadas por los Estados en conformidad a su derecho interno, y que el derecho internacional más adelante ha tratado de restringir. Así puede ser verificado en virtud del Segundo Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte, del año 1989, que dispone en su artículo primero que: *“1. No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado parte en el presente protocolo. 2. Cada uno de los Estados partes adoptará o las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción.”*

El derecho a la vida como derecho inherente a todo individuo de la raza humana, no puede tener exclusiones, y en materia de expulsión de extranjeros, dicho derecho es tan válido para el extranjero afectado por dicha medida que se encuentra en una situación regular migratoria en el territorio nacional, como aquel que se encuentra en una situación de precariedad o irregularidad, o en general, para cualquier extranjero con independencia de su procedencia, condición, religión o pensamiento. La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el párrafo octavo del artículo 22, que *en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*. Kamto, observa este punto al indicar que, el Estado expulsor tiene la obligación de asegurar que el derecho a la vida de los extranjeros que expulsa esté debidamente cautelado, tanto en el país de acogida, como el país de destino según sea el caso (2009: Párrafo 66).

Finalmente, en el ámbito nacional, el derecho a la vida se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República, en el artículo 19 número 1, el cual no contempla excepciones en la protección de dicho derecho, con su fórmula *“La Constitución asegura a todas las personas: 1. El Derecho a la Vida..”*; por lo cual, en concordancia con las obligaciones internacionales ya expuestas, es posible concluir, que el Estado chileno tiene la obligación de cautelar el derecho a la vida de todo extranjero que se encuentre en su territorio. En el particular caso de que dicho extranjero sea objeto de una medida de expulsión, el Estado debe velar por la protección de este derecho en todo el proceso de ejecución de la medida,

así como también cautelar que el expulsado no será enviado a un país donde su vida corra un inminente peligro. Tal medida, está dispuesta para los refugiados, solicitantes de refugio o asilados políticos, en el artículo 39 del D.L. 1.094, al disponer que ellos no podrán ser expulsados hacia el país donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinados grupos sociales u opiniones políticas. Una norma similar de prohibición de expulsión para asilados políticos es incluida en la Ley 21.325 sobre Migración y Extranjería en su artículo 97°, para víctimas de trata de personas en el artículo 71°, y para titulares de protección complementaria en el artículo 10°. Sin embargo, en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por Chile, es la opinión de esta tesis, que ninguno de los extranjeros sobre los cuales pese una medida de expulsión, puede ser enviado (o devuelto en su caso), a un lugar donde su vida corra peligro, independiente del estado jurídico en el cual se encuentre dentro del territorio nacional.

3.2 El respeto por la Dignidad

La dignidad era tenida por los primeros instrumentos que sistematizaron los derechos humanos en el siglo pasado, como un *valor* sobre el cual descansaban todos los demás derechos. Así lo vemos, por ejemplo, formando parte del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³². Sin embargo, a través del tiempo y con mayor frecuencia, la doctrina, la jurisprudencia y los marcos normativos nacionales e internacionales, observan a la dignidad como un derecho positivo exigible. A nivel internacional, la Carta Africana y Europea de derechos humanos, en los artículos 5 y 1 respectivamente, llevan la delantera en este sentido, consagrando a la dignidad de las personas, como un derecho inviolable. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 11 establece que toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Asimismo, el artículo 17 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, establece que todo trabajador migratorio o familiar suyo privado de libertad será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad

³² Su preámbulo indica: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana [...] Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos: a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...”

cultural. La dignidad humana para el derecho entonces, es propuesto como un elemento intrínseco de la persona humana, que es anterior al derecho mismo y que es otorgado por su propia naturaleza, entendido como una cualidad primaria de todo ser humano, que no puede sino exigir respeto de los demás miembros y órganos de la comunidad.

La Constitución Política de la República, en su artículo primero, sostiene que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, esta declaración no hace diferencias sobre el lugar de nacimiento de las personas; visto de otro modo, los que nacen en territorio chileno y los que nacen en territorio extranjero para la Constitución chilena, nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Esta condición de igualdad en dignidad sobre toda persona, debe ser respetada y amparada por el Estado. Bajo este concepto, es de crucial importancia la observancia de este derecho por parte de la Administración de Estado en los procedimientos en que se vean afectados extranjeros sobre las cuales pesa una medida de expulsión, tomando en cuenta y consideración los aspectos personales del afectado; como bien lo observa Nuño al observar que el concepto de la dignidad humana debe ser adaptado a la situación especial de los extranjeros en vías de expulsión, con el objeto de que éstas personas sean respetadas y protegidas en cualquier circunstancia, independiente de que la persona se encuentre en situación legal o ilegal (2014; pág. 115). Lo anterior, refuerza la idea de que, ante una mirada futura, que reglamente nuevas normas en materia de extranjería, la dignidad humana, más allá de un valor, debe ser tenido como un principio o derecho positivo que debe ser respetado e incluido en el catálogo de derechos de todo extranjero que se encuentre en el territorio nacional. Lamentablemente ni el D.L. 1.094, ni la nueva ley 21.325 se refieren a la dignidad del extranjero como objetos de protección.

3.3 El derecho a la libertad personal

Para Rocío Lorca Ferreccio el derecho a la libertad personal, desde una mirada amplia, consiste en un derecho a la autonomía y autodeterminación, lo cual implica un deber correlativo de no obstaculizar la posibilidad de una persona de llevar un plan de vida legítimo, lo que sería una obligación negativa para el Estado, teniendo éste también una obligación positiva, que es establecer las condiciones que permitan que las personas tengan una oportunidad real de llevar adelante sus legítimos planes de vida (2020: Pág. 73).

En el contexto del numeral 7 del artículo 19 de la Constitución, que consagra el derecho a la libertad personal y seguridad individual, su regulación se enfoca básicamente en proteger la libertad ambulatoria o de desplazamiento, señalando en el artículo citado, que toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros, señalando luego que, nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinado por la Constitución y las leyes. En el ámbito internacional, este derecho se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.1 que es posible relacionarlo con el artículo 12 que regula el derecho a circulación. También lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 7 que es posible relacionar con el artículo 22 que asegura el derecho de circulación y residencia. El profesor Nogueira, analizando los artículos referidos a este derecho, indica que “El derecho a la libertad personal implica que no pueden realizarse privaciones o restricciones de libertad ilegítimas o arbitrarias que impongan límites a la autonomía de las personas que desnaturalicen su derecho, lo hagan impracticable o lo dificulten más allá de lo razonable” (2002: Pág. 162). Su implicancia como un límite al derecho de expulsión de extranjeros es evidente, pues en virtud de la potestad sancionatoria de la Administración y la discrecionalidad para decretar y ejecutar la medida expulsión, dispuesta en el D.L. 1.094, se propicia un campo fértil para ejecutar actos arbitrarios que pongan en peligro la libertad personal de un extranjero afectado, ya sea por la ejecución de detenciones injustificadas o por medidas que restrinjan su libertad de circulación o desplazamiento. Sin embargo, se esperan cambios en este sentido al entrar en vigencia la ley 21.325, ya que según lo indica el artículo 134, el extranjero afectado solamente podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de 48 horas, limitando de esta forma las posibilidades de actos arbitrarios que pudieran poner en peligro la libertad personal del afectado.

3.4 El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

Este derecho absoluto e inderogable, se encuentra consagrado en variados instrumentos internacionales³³. Su consagración más explícita, se obtendría con la suscripción de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el año 1984, y por la cual los Estados parte, asumen la obligación de no cometer actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁴, en forma directa (artículo 2), o indirectamente (artículo 3), ocurriendo ésta última situación, cuando un estado procede a ejecutar la expulsión, extradición o devolución de un persona que se encuentra bajo su jurisdicción, a otro estado, donde existe un peligro inminente de que esa persona sea sometida a tortura. Sobre este punto, María Bollo, refiriéndose a una sentencia dictada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, del año 1998, en el caso Furundzija, Judgement, Trial Chamber; indica de que ésta obligación de los estados “se trata de una obligación que forma parte del derecho consuetudinario e incluso del *ius cogens* internacional, lo que implica la prohibición absoluta de cualquier forma de retorno de una persona, a un país en el que corra el peligro de ser sometido a tortura” (2013: Pág. 154). Un año más tarde de suscribirse la convención anterior, en el año 1985, se suscribe la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la cual ha sido usada en múltiples resoluciones que afectan procedimientos ventilados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque sin que hasta ahora quede claro aún el rol que dicha convención juega en dichas resoluciones, ya que en ocasiones la convención se emplea directamente, y otras como una noma auxiliar al artículo 5.2 de la Convención Americana de derechos Humanos (Medina, 2018: Pág. 251-252).

³³ Es posible encontrar referencias a este derecho en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁴ La *tortura* es definida por la convención en su artículo primero, como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. En cuanto al *trato cruel e inhumano o degradante* “La diferencia fundamental con la definición de tortura es que, por una parte, el trato inhumano (degradante o cruel) no se inflige necesariamente para obtener información o una confesión y, por otra, que ese trato no debe ser infligido necesaria o exclusivamente por agentes del Estado o personas que actúen al amparo de este”. (Kamto, 2009: Párrafo 103). -

Así entonces, las obligaciones que incumben a los Estados partes en este Convenio deja de manifiesto que el artículo 3° de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no se limita a prohibir que los Estados contratantes inflijan torturas u otros tratos inhumanos o degradantes a una persona, sino que también impone a esos estados, la obligación correlativa de no colocar a una persona que se encuentre bajo su jurisdicción, en una situación en que pueda ser víctima de una violación de esa índole, incluso cometida por un tercer Estado, caso en el cual, desde el punto de vista de la responsabilidad internacional, el Estado que expulsa, se convertiría en cómplice de los actos del Estado de destino, porque con la expulsión, le habría permitido al estado torturador, cometer el hecho ilícito (Kamto, 2009: Párrafos 75 y 78). Es del caso hacer presente que la violación del derecho a no ser sometido a tortura ni tratos inhumanos o degradantes, en el contexto de la Convención y en el ámbito de la expulsión de un extranjero, no solo puede provenir de un comportamiento de los órganos del Estado, sino que también puede producirse con ocasión del ejercicio de estos actos por parte de particulares, en que el Estado no es capaz de proteger a los extranjeros que son víctimas de éste. En Chile los actos de tortura y trato cruel e inhumano realizados por funcionarios públicos, violando los derechos protegidos por la Constitución, se encuentran sancionados en el capítulo cuarto del Código Penal. Asimismo, son plenamente aplicables para la situación en estudio, lo prescrito en el artículo 39 del D.L. 1.094 que indica que un refugiado o asilado político no podrá ser expulsado hacia un país donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinados grupos sociales u opiniones políticas. En un sentido similar se manifiesta el artículo cuarto de la Ley 20.430, sobre refugiados, que prohíbe la devolución de cualquier refugiado o solicitante de refugio que estando en el país sea objeto de alguna medida de expulsión o devolución si estuviere en peligro la seguridad del extranjero afectado. La nueva Ley 21.325 de Migración y Extranjería recoge también este criterio, al prohibir la expulsión de asilados políticos hacia un país donde su *libertad* se encuentre en peligro (artículo 97°), estableciendo también una prohibición de repatriación de las víctimas de trata de personas que *soliciten autorización* de residencia por existir grave peligro para su integridad física o psíquica resultante de las circunstancias en que se ha cometido el delito en sus países de origen (artículo 71°), y la prohibición de expulsión o devolución de un titular de protección complementaria a un país donde su vida, integridad física o libertad personal corran riesgo

(artículo 10°). Nuevamente pareciera adecuado señalar, al igual que fuera señalado al analizar el derecho a la vida, que ante una amenaza inminente de que un extranjero pueda ser sometido a tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes en un país determinado, debería existir la prohibición absoluta de expulsión o repatriación del extranjero a ese lugar, con independencia de su condición migratoria.

3.5 Derechos vinculados a la vida familiar

En materia migratoria, los derechos vinculados a la vida familiar (junto con la garantía del debido proceso), han sido los derechos que han evolucionado con un mayor grado de eficacia en los recursos impetrados en materia de expulsión en la última década. Es posible ver en el ámbito de la familia, la manifestación de dos derechos específicos, que se encuentran muy ligados entre sí, y que han sido protegidos y regulados independientemente, estos son: la protección de la familia y el Interés superior del niño.

3.5.1 El derecho a la protección de la familia

No existe un concepto que defina con certeza el derecho a la protección de la familia, pero es posible encontrar ciertas particularidades de este derecho en los variados instrumentos internacionales que lo regulan. Así, el artículo 23 N°1 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, tomando lo prescrito en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, indica que *la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado*. La Convención Americana de Derechos Humanos, con similar regulación en su artículo 17 N° 1, resalta la cualidad de ser un *elemento natural y fundamental de la sociedad* y constituir un *núcleo objeto de protección por la sociedad y el Estado*. Por otro lado, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en su artículo 44 y 45, no solo regula la protección en torno a los núcleos familiares, sino que, en materia migratoria, conmina a los estados a asegurar la *unidad de la familia del trabajador migratorio*, y a otorgarle *igualdad de trato* respecto de los nacionales, en todo ámbito social y cultural.

En Chile, la Ley 20.530 que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en su artículo 2.1, hace un importante aporte en esta materia, definiendo lo que debe entenderse

por familia, indicando que *es el núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos*. Por su parte, la Constitución Política de la República de Chile, en su artículo primero inciso segundo, realiza un fuerte reconocimiento de la familia, consagrándolo como *el núcleo fundamental de la sociedad*, para luego en su inciso quinto declarar que es deber del Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento. El D.L. 1.094 está en deuda en este sentido, y no contiene normas explícitas que consagren un principio de protección a la familia, o como lo vemos en modernas legislaciones en materia migratoria, con el concepto del derecho a la reunificación familiar, sino solo algunas regulaciones permisivas atinentes al ingreso de la familia de algún extranjero particular, como aquellas de visas diplomáticas, o residencias sujetas a contratos. Mucho más moderna la Ley de protección a Refugiados, en su artículo tercero, lo establece como un principio fundamental de protección. La nueva Ley 21.325 sobre Migración y Extranjería, avanza en este sentido, consagrando en el artículo 19, para el titular de un permiso de residencia, el derecho a solicitar la reunificación familiar.

Así entonces, la familia se presenta como objeto de importancia y protección en todo el sistema jurídico nacional e internacional, y evidentemente en materia de regulación migratoria, y específicamente ante los extranjeros afectados por una medida de expulsión, este derecho no queda ajeno, convirtiéndose en un límite relevante para la aplicación de dicha medida; lo cual implica para el estado expulsor, el deber de realizar una justificación contundente que sustente el hecho de que dicho derecho sea infringido, a fin de no ser considerada una medida desproporcionada y arbitraria que atente contra él. Tal como lo apunta Fernando Arlettaz, quien indica que una expulsión será ilícita en la medida en que implique una injerencia arbitraria en la vida familiar; y entonces dos elementos resultarían en este sentido relevantes: uno es que haya una injerencia y el otro que la misma no pueda ser justificada (2016. Pág. 29). Entonces, solo una justificación relevante en virtud de los intereses del Estado, podrían establecer que una medida de expulsión, que provoca una injerencia o una intromisión en el normal desarrollo de la vida familiar, es proporcionada para el legítimo objetivo que se persigue con la aplicación de una medida de expulsión. -

3.5.2 El Interés superior del niño

El Interés superior del niño, es un derecho que tiene sus orígenes de reconocimiento internacional en la Declaración de los Derechos del Niño de Ginebra del año 1924; viniéndose a consagrar dicho derecho de una forma mucho más específica y contundente en el artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Niño, del año 1959³⁵. Actualmente es un derecho que ha ido poco a poco permeando las diferentes áreas del derecho, encontrando regulación sobre esta materia en el ámbito nacional e internacional, aunque esto no signifique necesariamente que el avance en la regulación ha ido de la mano con la protección efectivamente otorgada, existiendo aún muchos abusos y vulneraciones en las edades más tempranas del desarrollo humano.

En cuanto a su regulación internacional, el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, consagra este principio, indicando que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. No obstante haber consagrado en términos muy explícitos dicho derecho, la convención no definió que debía entenderse por el interés superior del niño, quedando abierta la interpretación del mismo. Este punto fue abordado por el Comité de los derechos del niño de la ONU, en su Observación General N° 14, del 29 de mayo del año 2013, en que se enfatiza que el concepto de *interés superior del niño* es complejo, y su contenido debe determinarse caso a caso, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el interés superior del niño ocupa en todo caso una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación, buscando siempre su beneficio y desarrollo. La Observación señalada indica que “La plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana” (Párrafo 5). Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, con palabras distintas, pero mirando el mismo objetivo,

³⁵ Un interesante artículo sobre esta materia, es posible encontrarlo en palabras de Isaac Ravetllat Ballesté, “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. En Revista Chilena de Derecho (2015), Vol. 42, N°3, pp. 903-934.- Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art07.pdf> - Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

establece en su artículo 19, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

En el ámbito nacional, la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, en su artículo 16 dispone que “El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Otra vez, al igual que en el ámbito internacional, este principio se recoge para su protección, pero no se define, en función de que su contenido sea previsto caso a caso. Ravetllat observa este punto y rescata lo dicho en una sentencia dictada por la Corte Suprema, la cual resume como está siendo rescatado dicho principio por la jurisprudencia nacional, al indicar que “este principio –el interés superior del niño– tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”. El autor concluye finalmente, indicando que la norma no nos brinda la solución directa a cada caso, de tal modo que esta debe ser inquirida acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto (2015: Pág. 917-918).

Como límite a la expulsión de extranjeros en Chile, el interés superior del niño ha tomado un lugar de importancia, que ha dotado de solidez las decisiones jurisprudenciales de los tribunales de justicia ante recursos de reclamación o amparo por medidas de expulsión. Así lo hace notar la profesora Miriam Henríquez analizando jurisprudencia de recursos de amparo sobre esta materia, y citando uno de los recursos analizados, al indicar que “es ilegal la actuación de la autoridad administrativa cuando la medida de expulsión afecta el interés superior del niño al disponerse la separación de sus padres, perturbándose su identidad familiar y nacional, infringiendo con ello los compromisos asumidos por el Estado a través de tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes” (2014. Pág. 367). Un punto de vista similar es el que aborda el profesor Alexis Mondaca, al señalar que este principio exige que, en las decisiones adoptadas por las autoridades públicas y privadas de bienestar social, tribunales de justicia, órganos administrativos y poder legislativo, una consideración

primordial será el interés superior del niño. Advirtiéndose en consecuencia que, de no ser considerado, se corre el riesgo de que la sanción de expulsión sea desproporcionada, al provocar su ejecución más daños que beneficios. (2018. Pág. 263).

El D.L. 1.094 nada dice de este principio en su regulación, el que sí es rescatado por la nueva Ley 21.325, el cual, en su artículo cuarto, lo consagra como uno de los principios fundamentales de protección, conteniendo una regulación amplia y concreta del mismo, estableciendo una obligación para el Estado asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, desde el ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o quienes los tengan a su cuidado. El mismo artículo acentúa este marco de protección, indicando que, de incurrir en cualquier infracción migratoria, no estarán sujetos a las sanciones previstas en la misma ley. Lo descrito anteriormente, en materia de expulsiones en la nueva legislación tiene dos efectos: el primero es que el principio de interés superior del niño puede ser una condicionante importante para contrarrestar una medida de expulsión de alguno de sus padres o cuidadores, si con la medida adoptada, se transgreden los derechos del niño al romper los vínculos de protección, cuidado o su identidad familiar. Y lo segundo, es que niños, niñas y adolescentes no pueden ser objeto de medidas de expulsión, al no ser aplicables las sanciones de la ley de extranjería para ellos.

3.6 El derecho a la no discriminación

En el ámbito de los derechos humanos, el principio de no discriminación surge como corolario del principio de igualdad ante la ley, dicho de otra forma, podríamos decir que dicho principio se ha descrito como una formulación negativa del principio de igualdad ante la ley (ONU, 2006: Párr. 258). A pesar de ser ampliamente incorporado dicho derecho en los instrumentos internacionales y regionales, éstos no otorgan una definición clara de él. Sin embargo, para un acercamiento conceptual, es posible señalar que *discriminación* es una “...distinción en detrimento de un individuo basada en fundamentos que no pueden atribuirse al individuo y que no tienen consecuencia justificada en las relaciones sociales, políticas o jurídicas (color, raza, sexo, etc) o sobre la base de su pertenencia a categorías sociales (culturales, idiomáticas, religiosas, opiniones políticas o de otro orden, círculo nacional, origen social, clase social, patrimonio, nacimiento u otro tipo de condición)” (ONU, 2006: Párr. 257). Diversos instrumentos internacionales consagran este principio como un derecho

objeto de protección, con diversas fórmulas de consagración: Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en el primer párrafo del artículo segundo que *“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*; luego el artículo 26 del mismo instrumento dispone que *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*. Vemos entonces que, en el primer artículo, se consagra este principio en relación a todos los derechos contenidos en el Pacto, y en el segundo específicamente en relación a la igualdad ante la ley. Situación similar es la que establecen los artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También vemos este principio consagrado en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1 y 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en la mujer; el artículo 2 de la Convención sobre los derechos del niño; el artículo 2 sobre la eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones; o el artículo 2 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Con lo descrito, es posible indicar que, en la actualidad, la consagración de este derecho se encuentra plasmado en forma generalizada en la mayoría de los instrumentos de protección de derechos; a pesar de que su existencia como principio, solo comienza a tomar cuerpo en virtud de los acuerdos de paz logrados con posterioridad a las guerras mundiales a mediados del siglo pasado (Kamto, 2009: Párr. 148). Así entonces, como lo apunta Nuño, “el principio de no discriminación garantiza el respeto por los derechos humanos de todos los individuos de la especie humana, sin discriminación por motivos prohibidos, como la raza y la religión o convicciones” (2014. Pág. 115).

En el ámbito nacional, la Constitución Política de la República, en su artículo 19 numero 2 establece el principio de igualdad ante la ley, indicando en su párrafo segundo que

ni la ley, ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Por su parte, la Ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, en su artículo segundo, define lo que debe ser entendido por discriminación arbitraria, abriendo una mirada más amplia al concepto que puede ser plenamente aplicable a todos los ámbitos del derecho nacional en busca de la fórmula que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. En cuanto a la regulación migratoria, el D.L. 1.094 guarda silencio con respecto a este derecho, no conteniendo un articulado que lo consagre; sin embargo, la nueva Ley 21.325 ha recogido eficazmente este derecho, siendo consagrado como un principio fundamental de protección en su artículo tercero inciso final, al indicar que el Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Como límite al derecho de expulsión, la no discriminación juega un rol relevante, debido a que la condición de extranjero crea en sí misma una distinción sospechosa con respecto al trato otorgado con relación a los nacionales, o entre extranjeros provenientes de uno u otro lugar. Por ello, para proceder a practicar y ejecutar una medida tan gravosa como una expulsión, deberá la Administración del Estado, fundamentar adecuadamente la medida en virtud del fin perseguido y los intereses estatales que surgen protegidos, más allá de la simple aplicación de la norma legal. Sobre este punto, Molina Conzué indica que “cualquier diferenciación que se formule respecto de la población migrante con ocasión de la disposición de una medida de expulsión, tal como disponer la salida de un determinado colectivo o personas, sin que dicho proceder tenga la debida fundamentación y justificación, redundará en una arbitrariedad que no podrá prosperar. Del mismo modo, resultarán arbitrarias aquellas medidas que carezcan de una suficiente razonabilidad (carga argumentativa de la decisión), de una debida motivación del acto, así como de una proporcionalidad de la medida de expulsión en relación con el supuesto que le da lugar” (2020: Pág. 308). Lo anterior, está en perfecta consonancia con el artículo séptimo de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país donde viven, el cual prohíbe la expulsión por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico. Finalmente, sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha indicado que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando

este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos”³⁶.

4. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho administrativo, permea todas las actuaciones de la Administración del Estado, incluyendo su actividad sancionadora. Este principio puede ser entendido como “La adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto” (Camacho, 2007: Pág. 181).

Con relación a la actividad sancionadora de la Administración, el profesor Jorge Bermúdez indica que, para que una sanción sea proporcional debe cumplir tres requisitos: debe ser *idónea*, en cuanto contribuye al logro de un fin legítimo; debe ser *necesaria*, en cuanto no existen otras alternativas que permitan lograr el mismo fin con un menor sacrificio para los derechos de los ciudadanos infractores; y debe ser *proporcional en sentido estricto*, en tanto el restablecimiento del derecho compense el sacrificio infligido con la sanción (Bermúdez, 2014: Pág. 246-247).

Dicho principio se presenta como de vital importancia para la protección de los derechos de quien se ve afectado por una medida de expulsión, debido a que permite evaluar si la medida de expulsión impuesta, es una sanción adecuada y no desmedida en relación a la infracción cometida por el extranjero afectado. Para Gladys Camacho, éste es un principio que se complementa con el principio de *favor libertatis*³⁷, que promueve la adopción, entre todas las medidas posibles, de aquella que resulte ser menos restrictiva a la libertad de los particulares afectados (2007: Pág. 181).

El principio de proporcionalidad ha comenzado a tomar fuerza en complemento con otros límites jurídicos, en la protección de los derechos de extranjeros afectados por una medida de expulsión en los tribunales superiores del país, en particular, en sentencias que resuelven recursos de reclamación y amparo que se interponen en contra de expulsiones

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 23 noviembre 2010, caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Párr. 248.

³⁷ “A favor de la libertad” Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/favor-libertatis> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

decretadas por la autoridad Administrativa, como se evidenciará en el capítulo tercero de este trabajo.

5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como límite a la facultad de expulsión, la importancia que este principio es fundamental, ya que su alcance irradia todo el actuar de la Administración del Estado, pues en virtud de este principio, todas las actuaciones de la Administración, requieren como requisito de validez de su actuar, la observancia estricta de lo que prescribe para ello el ordenamiento jurídico.

En cuanto al derecho internacional, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que *“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a ley”*. Expresiones idénticas podemos encontrar en el artículo 22.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 7 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Es importante notar que todos estos instrumentos, someten la efectividad de protección de este principio, al hecho de que el extranjero se encuentre legalmente en el territorio del estado; lo cual, en la actualidad, ha experimentado una evolución importante, donde la brecha de protección se ha ajustado hacia un mayor ámbito de protección de derechos; y si bien, el extranjero documentado tiene una posición menos vulnerable a la del indocumentado o irregular, el proceso evolutivo de este principio, de la mano con la evolución del sistema de protección de los derechos humanos, hace posible sostener actualmente, que todo acto de la Administración que implique adoptar una medida de expulsión, incluyendo los procedimientos aplicados para poner en práctica dicha medida, deben observar el estricto cumplimiento del principio de legalidad, con independencia del estatus jurídico que el extranjero mantenga al momento de ser afectado por la medida.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, en el párrafo segundo del artículo 22 indica que *“Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad*

competente conforme a la ley". La norma citada, como es posible apreciar, ya no contiene el requisito de situación regular del extranjero, que sí era contenida los instrumentos citados anteriormente, pero añade ahora un requisito en sentido inverso, con obligación para el Estado, el cual indica que la decisión de expulsión solo debe ser adoptada por una autoridad a la cual la ley le haya investido de competencia para ello.

En Chile, el reconocimiento del principio de legalidad lo encontramos en la Constitución Política, la cual establece en el artículo 6.1 que *"Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República"*. Asimismo, indica en su artículo 7 *"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley"*. Esto se ve reafirmado en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575)³⁸, al disponer en su artículo segundo que *"Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes"*.

Siguiendo en este punto al profesor Jorge Bermúdez, el fundamento teórico del principio de legalidad³⁹ presupone y dispone una actuación de los órganos estatales conforme al ordenamiento jurídico. Es decir, que la sentencia del juez esté ajustada a derecho, que el acto administrativo esté ajustado al ordenamiento en su conjunto y que la ley se ajuste a la Constitución. Por lo cual, el principio de legalidad, tiene una connotación especial para la Administración, ante lo cual el autor indica que el principio de legalidad exige que no se autorice a la administración para perseguir libremente sus fines, que no se concedan apoderamientos en blanco y que las normas sirvan de criterio para enjuiciar en su contenido la actuación administrativa. De este principio nace todo el derecho administrativo y la sujeción de la Administración al control de los Tribunales (2014: Pág. 89-90).

³⁸ Su texto refundido, coordinado y sistematizado es posible encontrarlo en el DFL N°1-19653, de fecha 13 de diciembre del año 2000.

³⁹ Para Bermúdez, es más adecuado hablar del principio de *juridicidad* en lugar de *legalidad*, ya que la sujeción no es realizada a la ley, sino que a la Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico (2014: Pág. 95).

De la mano del principio de legalidad, se encuentra el *Principio de Reserva Legal*, el cual supone que la Administración Pública, solo podrá actuar cuando la ley la ha autorizado para ello. Una buena descripción sobre este punto en materia de derechos, es realizada por el profesor Jaime Bassa, el cual indica que “en virtud de este principio solo *la ley* puede limitar los derechos fundamentales o su ejercicio, quedando vedado a la Administración realizar cualquier acto en ese sentido; la intervención legal quedará siempre condicionada a una habilitación legal previa.”; el autor sigue comentando más adelante que “De esta manera, corresponde a la Constitución el reconocimiento de la garantía de los derechos fundamentales, y por su parte, la ley regula su ejercicio; estos dos elementos condicionan el actuar de la Administración...” (2007: Pág. 25-26). O sea que, en virtud de este principio, solo una norma con rango de ley, podrá limitar los derechos fundamentales y la Administración necesitará la habilitación de ella para actuar en este sentido.

En resumen, la importancia de este principio como límite de la medida de expulsión radica entonces, en que la medida de expulsión solo puede ser adoptada de conformidad a un actuar por parte de la Administración establecido en la Constitución y las leyes, esto es, dicha medida solo podrá ser impuesta en razón de una *causal establecida en la ley*, por un *órgano previamente investido para tal efecto*, actuando dentro de las *competencias* que le han sido otorgadas y los *límites* establecidos para su desempeño, y en conformidad a las *normas materiales y de procedimiento* que le son impuestas por el ordenamiento jurídico.

6. GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO

En términos generales, el debido proceso es entendido como el conjunto de garantías procesales que se manifiestan en la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, en todo tipo de asuntos, que se tramitan ante tribunales ordinarios y especiales que ejerzan jurisdicción. El Tribunal Constitucional, refiriéndose a él como procedimiento legal, lo define de la siguiente manera: “el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y Justo para orientarlo en un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en el proceso.” (García y Contreras, 2014: Pág. 245).

En el ámbito internacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entrega un catálogo de derechos y garantías mínimas que deben ser observadas frente a una persona sometida a un proceso judicial; pero sin duda alguna, la regulación en esta materia que ha tenido una mayor influencia en la región, ha sido la establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, siguiendo lo observado por la jurista Cecilia Medina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha abordado el debido proceso desde los artículos 25 sobre derecho a la tutela judicial, el artículo 13 sobre la libertad de expresión y sus garantías judiciales, o el artículo 8 sobre garantías judiciales (Medina, 2018: Pág. 337). De las normas citadas, el artículo octavo es la más importante en este sentido, la cual consagra una garantía amplia en su numeral primero, que nos informa de las garantías generales que deben estar presentes en los procedimientos de cualquier tipo, usando la fórmula *debidas garantías*, por la cual se establece que una persona afectada tiene derecho a ser oída, en un tiempo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley. En cuanto a la extensión de dichas garantías a cualquier tipo de procedimientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁴⁰.

En el ámbito nacional, la Constitución consagra este derecho en el inciso quinto, numeral tercero del artículo 19, al disponer que “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”. Con relación a la expulsión administrativa, la vinculación realizada por la Constitución a los preceptos legales, está directamente relacionados con la Ley de Extranjería vigente y su reglamento, y como ya hemos expuesto con anterioridad en este trabajo, en aquello no reglado por ella, en calidad de subsidiaria, operan los principios y procedimientos establecidos en las leyes que regulan los actos de la administración del Estado. Así entonces,

⁴⁰ Sentencia Ivcher Bronstein vs Perú. 6 de febrero de 2001. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

la garantía del debido proceso, es rescatada por el artículo 18, inciso segundo de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, al disponer que “*En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento*”. Es importante rescatar en este sentido que la nueva ley 21.325 de Migración y Extranjería, en su artículo 21, consagra explícitamente este derecho, asegurando un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en la ley. Además, consagra el derecho para el extranjero afectado de contar con asesoramiento y defensa jurídica al extranjero que no pueda procurársela por sí mismo.

En cuanto a la regulación migratoria vigente en el D.L. 1.094, el procedimiento de expulsión administrativa, no está regulado de forma detallada, solo contiene algunas normas que regulan algunos aspectos particulares, dejando un peligroso campo abierto para la discrecionalidad de la Administración. Es necesario indicar en este punto, que lo regulado por la ley de extranjería, no es el procedimiento tendiente a sentenciar la expulsión de un extranjero, sino más bien, el proceso de ejecución de la resolución dictada. Lo anterior, pues en estricto rigor, el procedimiento para decretar la expulsión de un extranjero, se realiza sin que opere el principio de bilateralidad de la audiencia, pues el afectado no participa en dicho procedimiento, iniciándose éste, con la información de la policía de extranjería y migración a la autoridad correspondiente, sobre la situación fáctica que estaría afectando a un extranjero y que configura algunas de las causales de expulsión administrativa, ante lo cual, la autoridad administrativa decide dictar la correspondiente resolución de expulsión. Hasta este punto, no existe procedimiento contradictorio, el extranjero no ha sido oído por la autoridad llamada a dictaminar la medida, no ha podido aportar pruebas para su defensa, no ha podido ser defendido por un letrado, en resumen, dictada la resolución correspondiente, el extranjero podría estar en total ignorancia sobre la resolución que le afecta y que impone la medida administrativa más gravosa en materia migratoria: el ser expulsado del país. Luego de dictada la resolución de expulsión, ésta le es notificada al extranjero a través de la Policía de Investigaciones, haciéndolo conocedor en este momento de la medida aplicada, otorgándole en el caso de resoluciones dictadas por el Ministro del Interior, el término de 24 horas para interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema, situación de la que deberá dejar constancia en la notificación realizada por la policía. El plazo otorgado al extranjero y el procedimiento impetrado, muestra una evidente vulneración a los principios rectores del

debido proceso, ya que, además, a los extranjeros se les exige dejar constancia de su intención de recurrir en el mismo acto de la notificación, lo que, para personas con desconocimiento del derecho nacional, pudiera ser dificultoso saber si dicha voluntad de recurrir es beneficioso o no para ellos, sin el consejo de un letrado que aclare sus dudas. Tampoco el plazo de 24 horas otorgado para interponer la reclamación, parece ser coherente con un legítimo derecho a defensa, pues en ese plazo, poca información puede ser recopilada a fin de establecer pruebas que contrarresten lo decretado. La utilidad de este recurso ha ido decantando poco a poco, debido a los exigentes requisitos (interposición por el afectado o un familiar, plazo de 24 horas, fundamentado), viniendo a suplir este vacío de protección en la defensa del afectado en muchos casos la acción de amparo constitucional, también utilizada en aquellos casos en que la expulsión es decretada por el intendente regional y donde no es procedente el recurso de reclamación. La nueva regulación del procedimiento de expulsión de extranjeros contenida en la ley 21.325, y que ya ha sido descrita en este trabajo⁴¹, incorpora la garantía del debido proceso en su procedimiento, viéndose reflejado en aspectos básicos como la bilateralidad de la audiencia, en el derecho a defensa jurídica y un recurso de reclamación amplio; sin embargo, debemos esperar y ver como lo regulado por la ley comienza a materializarse en los casos particulares, cuando dicha ley entre en vigencia.

En la doctrina nacional, son variados los comentaristas que hablan sobre las garantías que integran el debido proceso. Así, en un reciente trabajo confeccionado por los abogados Isaí Carrasco y Roció Parra, sobre los procedimientos de expulsión, los autores detallan que, a partir de diversos fallos emanados del Tribunal Constitucional, se puede resumir el contenido de ésta garantía en los siguientes tópicos: 1) El oportuno conocimiento de la acción; 2) La existencia de un debido emplazamiento; 3) el establecimiento de plazo de investigación, 4) la determinación de la oportunidad y número de veces que determinadas medidas pueden decretarse y realizarse, 5) Asistencia de abogado defensor, 6) la bilateralidad de la audiencia, 7) La posibilidad de aportación de pruebas pertinentes, 8) el derecho a impugnar lo resuelto mediante recursos ordinarios o especiales (Carrasco, 2019: Pág. 336-337). Las garantías indicadas van en concordancia con aquellas que han sido reconocidas en las Cortes Internacionales y los diferentes autores especialistas, a las cuales podríamos

⁴¹ Ver punto 4.3.1 del capítulo primero de esta tesis.

agregar, dos garantías importantes que se repiten también en este tema: 9) el derecho a un juez natural predeterminado por ley, y 10) el derecho a ser gratuitamente asistido por un traductor e interprete (Nogueira, 2007: Pág. 70 y 97). Estas garantías que integran el debido proceso, de modo alguno son taxativas, y se pueden ir enriqueciendo de la mano del avance de la protección de derechos en materia procesal en las diferentes áreas del derecho.

La importancia de esta garantía en materia de expulsiones administrativas es indudable, ya que el debido proceso, con sus diferentes tópicos, marca una condicionante mínima de respeto por los derechos del extranjero en el desarrollo del proceso administrativo que le afecta; debiendo tener siempre el derecho a impugnar en plazos prudentes las resoluciones que le afecten, a fin de que, como indica el profesor Colombo, si el proceso no es debido, estaremos frente a un proceso viciado que podrá invalidarse por la vía de la nulidad procesal. En cambio, si es injusto, su corrección dependerá de si existen o no recursos para remediar el agravio que tal situación produjo (Colombo, 2006: Pág. 18).

III. EFECTO VINCULANTE DE LOS LIMITES DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN CHILENA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN

Al referirnos a los límites de la facultad de expulsión del Estado, no estamos sino proponiendo que ellos contienen un freno, una condicionante, un derecho más relevante que el invocado por la autoridad, frente a la facultad que tiene el Estado de imponer la medida administrativa de expulsión y la forma en que ésta debe ser ejecutada. Es por ello importante señalar, que, si bien en la revisión que haremos de la jurisprudencia, las sentencias recaídas sobre acciones impetradas contra resoluciones de expulsión dictaminadas por la autoridad Administrativa, en caso de que sean acogidas, en su mayoría dejan sin efecto las resoluciones de expulsión, no siempre lo que buscan estos límites es este objetivo, pues algunos de ellos miran el cuidado debido de la autoridad en el procedimiento para llegar a ejecutar dicha expulsión; como por ejemplo, tomar las prevenciones necesarias para que el extranjero no

sea enviado a un país donde su vida corra peligro, o en el procedimiento de ejecución de la medida, sea respetado su derecho a la libertad personal o que no sea sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; y por tanto, lo exigible al Estado en una acción represiva, no es que deje sin efecto la resolución de expulsión (por ejemplo en procedimientos donde el extranjero ya fue expulsado), sino otro tipo de reparaciones, como sería por ejemplo dejar sin efecto resoluciones que impidan el reingreso del extranjero al territorio nacional.

Con el objeto de dimensionar el impacto que tienen dichas acciones recursivas frente a las medidas de expulsión decretadas por la autoridad administrativa, solo el año 2019 se decretaron 6.702 expulsiones administrativas y 1.743 expulsiones judiciales, en total fueron decretadas 8.445 las expulsiones decretadas por parte del Estado de Chile⁴². Pues bien, en el mismo año 2019, según información del Departamento de Extranjería y Migración, solo fueron interpuestos contra las medidas de expulsión, 580 recursos judiciales⁴³, lo que constituye una cantidad menor frente a las expulsiones decretadas; lo cual nos hace pensar que hay una falta de acceso a este tipo de herramientas por parte de los extranjeros afectados, generando así la posibilidad de que existan expulsiones en las cuales los derechos fundamentales de los afectados puedan ser vulnerados, y dicha circunstancia no sea conocida, ante la imposibilidad de que el afectado pueda recurrir a fin de que dicha medida sea sometida a revisión judicial.

En cuanto a los recursos que pudieran interponerse frente a las resoluciones que decretan la expulsión de un extranjero del país. Cuando la medida es dictaminada por el Intendente Regional (actualmente el Delegado Presidencial Regional), la ley de extranjería no establece un recurso aplicable para este caso, por lo cual, solo queda abierta la posibilidad de los recursos generales del derecho administrativo (que tienen un efecto muy debilitado en esta materia) y las acciones constitucionales de Amparo y Protección. Por otro lado, frente a las resoluciones dictaminadas por el Ministro del Interior, el artículo 89 del D.L. 1.094, regula un recurso de Reclamación especial, de difícil interposición, pues sus requisitos específicos de admisibilidad lo debilitan, al requerir fundamentación clara, lo que se torna difícil de

⁴² Servicio Jesuita de Migrantes. “Migración en Chile. Anuario 2019. Un análisis multisectorial”. Pag 16, punto 3.4. Año 2020. Disponible en <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/MIGRACION-EN-CHILE-V7.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio del 2021.-

⁴³ Departamento de Extranjería y Migración de Chile, “Memoria Anual 2019”. Pag 12, punto 6.6. Fecha 06-2020. Disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2020/06/Memoria-DEM-2019.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio del 2021.

configurar teniendo en cuenta que el segundo requisito y el más apremiante de todos, es que su plazo de interposición es de tan solo 24 horas, hipotecando con ellos las posibilidades de éxito, decayendo muchos de ellos en la etapa de admisibilidad del recurso. Sin embargo, la necesidad de protección y resguardo de los derechos de los afectados en ambos casos, ha hecho que la acción constitucional de Amparo, establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, conocido como recurso de Amparo o Habeas Corpus, venga a ser en esta materia, el recurso más utilizado actualmente contra la medida decretada, y ante la evidencia de las sentencias de los últimos años, pudiera ser actualmente, el medio más efectivo de impugnación sobre las medidas de expulsión.

El objetivo del presente capítulo, es indagar en el fondo de la pregunta planteada por esta tesis, y esclarecer, mediante la revisión de jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, en los diferentes recursos ventilados en sus salas, la dinámica evolutiva jurisprudencial de los últimos años en relación a los recursos impetrados sobre la materia en estudio, y verificar el efecto vinculante que la jurisprudencia ha dado a los límites jurídicos frente a la expulsión administrativa, y de ser así, cuales han tenido una mayor implicancia en la ventilación de estos recursos; constatando además, de las causas estudiadas, una panorámica del actuar de la Administración al decretar las medidas de expulsión adoptadas, estableciendo si su actuar, constituye simplemente una práctica rígida de aplicación de normas, o basado en un carácter protector, han tomado en cuenta los límites a la expulsión con una mirada protectora de derechos, al decretar la medida.

Para realizar el presente estudio, y las conclusiones que de ella derivan, se presentarán recursos de reclamación por expulsión interpuestos ante la Corte Suprema, ya sea que hayan sido acogidos o rechazados, estableciendo los criterios o límites tomados en cuenta por los sentenciadores en caso de ser acogidos y el motivo o causa del rechazo más recurrente. También se ha trabajado con un grupo de sentencias que fueron acogidas en acciones de amparo constitucional interpuestos ante las cortes de apelaciones respectivas, y sus apelaciones en su caso ante la Corte Suprema, identificándolas según el criterio o límite que ha sido tomado en cuenta por los sentenciadores para dar lugar a lo pedido por los afectados. El tramo de investigación de sentencias se establece desde el año 2008 hasta el año 2021, teniendo como criterio de selección, la argumentación de los fallos, con relación a los

principios o derechos que han ejercido una acción limitante frente a la expulsión Administrativa.

2. ANALISIS DE SENTENCIAS

2.1 Análisis de algunos fallos que acogen recursos de reclamación establecido en el artículo 89 del D.L. 1.094 contra decretos de expulsión

En este apartado, se analizarán algunos fallos emanados de la segunda sala de la Corte Suprema recaídos sobre recursos de Reclamación de expulsión de extranjeros, evidenciando los criterios que podremos identificar como límites jurídicos a los decretos de expulsión emanados de la autoridad administrativa.

2.1.1 Causa Rol N° 3.867-2010, fallo de fecha 08 de junio de 2010.-

En los hechos de la causa, una ciudadana venezolana ingresa al país como turista en febrero del año 2008, solicitando en el mes de julio del mismo año, una solicitud de visa temporal sujeta a contrato, para lo cual presenta un contrato de trabajo, que de acuerdo a informe del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, y en virtud de las indagaciones del Departamento de Extranjería y Policía Internacional, sería simulado; encontrándose al tiempo de la expulsión decretada, en situación irregular en el país. El Departamento de Extranjería, sustenta la expulsión en virtud del artículo 15 N°2 en relación al artículo 17 del D.L. 1.094, que otorga la facultad de expulsión por ejecutar actos contrarios a la moral y las buenas costumbres, en este caso, el contrato de trabajo simulado, y además en virtud del artículo 71 del D.L. 1.094, que otorga la facultad de expulsión por el vencimiento de plazo de residencia legal en el país. En virtud de lo anterior, la afectada deduce recurso de reclamación contra Decreto que dispone su expulsión del país.

Con relación a la imputación de la infracción del contrato simulado, la Corte en su fallo considera para el caso particular, que la autoridad administrativa ha formulado un reproche de carácter moral-penal específico, sin que éste haya sido acreditado con anterioridad por un órgano llamado por la Constitución y las leyes a calificarlo como tal,

vulnerando de esta forma los principios de *Legalidad* y *Juridicidad* establecidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución.

En atención a disponer la expulsión de la ciudadana venezolana por su situación irregular, la Corte manteniendo un criterio constante en este orden, indica en su fallo que tal decisión infringe el *principio de proporcionalidad*, vulnerando el artículo primero de la Constitución y diversos tratados internacionales, en función de otorgar protección a la familia, pues de llevarse a cabo la medida, se produciría la disgregación del grupo familiar, pues la afectada vive en Chile junto a su cónyuge y dos hijas matrimoniales, siendo la menor de nacionalidad chilena.

Como queda en evidencia, la Administración mediante el decreto de expulsión dispuesto, excediendo sus facultades y transgrediendo el principio de legalidad, califica un acto jurídico como simulado, sin que antes un órgano jurisdiccional lo declare como tal; y consecutivamente transgrediendo el principio de proporcionalidad, no toma en cuenta las condiciones familiares de la afectada, vulnerando con ello el derecho a la vida familiar. Es posible indicar entonces, que actúan de forma efectiva para este caso, los límites jurídicos de legalidad y proporcionalidad, este último en conexión con los derechos vinculados a la vida familiar, frente a la potestad de Administrativa al decretar la expulsión de la afectada⁴⁴. -

2.1.2 Causa Rol N° 9.075-2012, fallo de fecha 30 de enero de 2013.-

En los hechos de la causa, en el año 1997 un ciudadano peruano ingresa al país con la identidad de un tercero, obteniendo en Chile residencia temporaria y posteriormente definitiva, contrayendo matrimonio e inscribiendo a sus hijos chilenos, todo ello con dicha identidad, existiendo una denuncia por usurpación de nombre ventilado en el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, lo cual derivó en el sobreseimiento definitivo en el año 2012. Al momento de la sentencia, se acreditan sus vínculos familiares y el hecho de desarrollar actividad independiente de contratista en construcción, encontrándose incorporado al sistema previsional y contar con seguro de salud. El Departamento de Extranjería, sustenta la expulsión en virtud del artículo 15 N°2 en relación al artículo 17 del D.L. 1.094, que otorga la facultad de expulsión por ejecutar actos contrarios a la moral y las buenas costumbres, en la especie, el ingreso al país con identidad falsa. En virtud de lo

⁴⁴ En sentido similar se pronuncia Fallo en causa Rol N°6.733-2010, de fecha 16 de septiembre de 2010.-

anterior, el afectado deduce recurso de reclamación contra el decreto que dispone su expulsión del país.

Con relación a la imputación de la infracción del ingreso con identidad falsa, la Corte argumenta que el hecho de que la infracción atribuida fuera cometida una sola vez por el afectado, cuyo fin era desarrollar actividades legales, buscando mejores oportunidades que su país de origen, no parece ser una transgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen (art. 15 N°2). Por otro lado, la Corte en su fallo precisa, que es importante atender las circunstancias personales y familiares del reclamante, con quince años en el país, una actividad lícita, pareja estable y tres hijos menores de edad de nacionalidad chilena; señalando que de ejecutarse la medida, ciertamente se transgrede el interés superior de esos menores, al dictaminarse una medida que implica la separación de su padre y que perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo con ello los deberes que se impone para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; afectando además lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta. Lo anterior llevó a concluir por parte de la Corte, que la decisión de expulsión es desproporcionada.

Como vemos, a juicio de la Corte, existe una infracción al *principio de proporcionalidad* de la medida tomada por la autoridad administrativa, en función a que no parece evidente que los hechos descritos sean un peligro para los *intereses del Estado*. Es necesario recordar, que la medida de expulsión tiene una naturaleza administrativa, que lo que busca es cautelar los intereses del Estado⁴⁵ y no la aplicación de una sanción de tipo penal; en este sentido, sopesando los intereses que se pretenden cautelar con los derechos vinculados a la vida familiar del afectado, aparece claramente una afectación desproporcionada de este último derecho provocada por la ejecución de la medida. Es interesante como la Corte realiza una vinculación directa de un instrumento internacional (Convención de los Derechos del Niño), sin hacer alusión a su incorporación en virtud del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución, lo cual, se comenzará a ver con aún mayor regularidad en fallos de años posteriores. Nuevamente, el límite jurídico de

⁴⁵ En esta tesis, ver punto “2” del Capítulo I.-

proporcionalidad aparece conectado con la integridad familiar y en interés superior de los niños que pudieran ser afectados⁴⁶. -

2.1.3 Causa Rol N° 17.132-2014, fallo de fecha 10 de julio de 2014.-

En un interesante fallo, un ciudadano alemán con residencia definitiva en Chile desde el año 1985, el cual tiene cónyuge de nacionalidad chilena y un hijo nacido en Chile; fue condenado por medio de sentencia de la Corte Suprema de enero de 2013, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio como cómplice del delito de sustracción de menores, concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la pena por el lapso de la condena. Situación que motiva el decreto de expulsión del país, basado en el artículo 15 N°2 en relación al artículo 17 del D.L. 1.094, que otorga la facultad de expulsión por ejecutar actos contrarios a la moral y las buenas costumbres. En virtud de lo anterior, el afectado deduce recurso de reclamación contra el decreto que dispone su expulsión del país.

La Corte establece en este fallo una argumentación sólida en defensa de la garantía del debido proceso. En principio considera que los supuestos del artículo 15 N° 2 (actos contrarios a la moral y las buenas costumbres), corresponden a *conceptos jurídicos indeterminados*, los cuales se hace necesario para la autoridad dotar de contenido, ponderando la gravedad de la conducta con las condiciones personales, familiares y el arraigo del afectado en el país (considerando 4°). Mas adelante indica, que para ponderar racionalmente los diferentes factores y aun cuando se trate de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, cuyo acatamiento no depende de la voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un *mandato* -y por tanto un deber- *constitucional* que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales (considerando 6°). La Corte continúa acentuando su visión sobre el debido proceso como un límite a la actividad estatal, al indicar que las atribuciones de discrecionalidad jamás pueden invocarse para encubrir una *arbitrariedad* que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de una persona, pues en aplicación del artículo 6° de la Constitución, la autoridad está obligada a respetar normas de rango superior, como el derecho a la libertad personal y el debido proceso, indicando luego, que solo una habilitación expresa de la ley

⁴⁶ En sentido similar se pronuncia Fallo en causa Rol N°262-2019, de fecha 22 de enero de 2019.-

podrá autorizar una afectación en el ejercicio de los derechos fundamentales (Considerando 7°). La Corte continúa y va un paso más adelante al fundamentar este punto con una norma de derecho internacional, indicando que en virtud del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá al extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente. Usando otro antecedente de derecho internacional, esta vez los artículos 14 y 15 de la Observación General N°27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace presente que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad, y dicho principio debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento explique las razones de la aplicación de medidas restrictivas (considerando 8°).

La Corte finalmente acoge el reclamo del afectado, debido a que el acto administrativo de expulsión carece de motivos que lo justifiquen razonablemente, por las circunstancias personales, familiares y de arraigo nacional del afectado, las cuales no fueron consideradas y que éste no tuvo la oportunidad de hacer valer, indicando finalmente que el decreto impugnado tiene el carácter de *arbitrario* por lo cual fue dejado sin efecto.

Vemos entonces, como una infracción importante que pesaba sobre el afectado para el caso particular y que era el móvil de la expulsión, no fue un motivo principal de las consideraciones de la Corte en su fallo, sino más bien, la argumentación de arbitrariedad de la medida de expulsión, pues bajo la decisión tomada, se evidenciaba la vulneración a la *garantía del debido proceso*, que no hizo posible una ponderación de las circunstancias personales y familiares, resguardando de esta forma los derechos del afectado⁴⁷.

2.1.4 Causa Rol N° 34.557-2017, fallo de fecha 25 de julio de 2017.-

En los hechos de la causa, el afectado corresponde a un ciudadano jordano, con permanencia definitiva en Chile desde el año 1977. Al cometer algunos ilícitos en el país, es

⁴⁷ En sentido similar se pronuncia Fallo en causa Rol N°23480-2014, de fecha 16 de septiembre de 2014.-

sentenciado por los juzgados del crimen de Santiago, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y estafa, a la pena de 541 y 61 días, las que cumple en marzo del año 2004. El ministerio del Interior procede a decretar su expulsión del país en febrero del año 2007, decreto que le fue notificado luego de 10 años en julio del año 2017, sustenta la expulsión en virtud del artículo 15 N°2 en relación al artículo 17 del D.L. 1.094, que otorga la facultad de expulsión de extranjeros que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas. En virtud de lo anterior, el afectado deduce recurso de reclamación contra el decreto que dispone su expulsión del país.

El argumento del fallo se enfoca en responder a la interrogante de si la medida de expulsión adoptada, vulnera el principio de proporcionalidad y razonabilidad, en función de que los ilícitos fueron cometidos hace más de trece años y su pena se encuentra cumplida desde el año 2004. Comienza argumentando, que los conceptos sobre el cual descansa la causal de expulsión (dedicarse al comercio y tráfico ilícito de drogas o armas), tienen relación con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, frente a esto, no existen antecedentes de la comisión de otros ilícitos por parte del afectado, teniendo desde ese tiempo, una conducta ajustada a derecho en el territorio nacional. Seguidamente, el fallo considera que no se pueden desatender las circunstancias personales y familiares del afectado, pues, de ejecutarse la medida, provocaría una afectación en lo dispuesto en el artículo primero de la Constitución, que establece como un deber del Estado, el dar protección a la familia y propender el fortalecimiento de ésta. Así las cosas, indica el fallo, que la decisión se torna ilegal y arbitraria, pues tiene como base la comisión de un hecho delictivo antiguo, y desatiende el cambio de las circunstancias del afectado y su entorno familiar, lo cual generará un impacto desproporcionado en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida por el recurrente.

Así entonces, los principios de *legalidad* y *proporcionalidad* fueron considerados como límites jurídicos relevantes en la protección de los derechos del extranjero afectado, a fin de cautelar que la medida adoptada por la autoridad produjera para el caso particular, una decisión arbitraria. –

2.1.5 Causa Rol N° 19.155-2019, fallo de fecha 23 de julio de 2019.-

En los hechos de la causa, la afectada corresponde a una ciudadana peruana, residiendo en el país con permanencia temporaria vencida desde febrero del año 2009, la cual ha tenido sus 3 hijos en Chile. El ministerio del Interior procede a decretar su expulsión del país en noviembre del año 2012, a causa de su situación irregular. En virtud de lo anterior, la afectada deduce recurso de reclamación contra el decreto que dispone su expulsión.

El fallo, razonando sobre las circunstancias personales y familiares de la reclamante, siendo acreditado que reside en el país hace más de 10 años, con pareja estable y sus 3 hijos menores de edad de nacionalidad chilena; se enfoca en la transgresión que la ejecución de la medida de expulsión genera, en el interés superior de sus hijos, pues, de dictaminarse dicha medida, implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar y nacional, lo cual infringirá los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, afectando además el artículo primero de la Constitución Política de la República, en cuya virtud es un deber del Estado dar protección a la familia y propender el fortalecimiento de ésta.

Los derechos enunciados por la Corte, llevan a concluir que la decisión es *desproporcionada* dada la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción denunciada, en relación con la afectación que ella produce en su medio personal y familiar. Así entonces, los derechos vinculados a la vida familiar fueron considerados como límites jurídicos relevantes en la protección de los derechos de la afectada y su familia. –

2.2 Análisis de causales por las cuales se rechazan recursos de reclamación contra decretos de expulsión

Entre los requisitos específicos para la interposición del recurso de reclamación establecido en el artículo 89 del D.L.1.094, dos son las causales de forma por las cuales decaen con mayor frecuencia dichos recursos, uno de ellos, es que dicho recurso no fuera interpuesto dentro del plazo de las 24 horas siguientes a la notificación del afectado, y el otro, es que el reclamo tenga como base una resolución diferente al Decreto Supremo suscrito por el Ministro del Interior de conformidad al artículo 84 de la misma ley, usando dicho reclamo para recurrir erróneamente por resoluciones dictadas por las autoridades regionales. Estas limitantes fueron las detonantes, por lo cual, progresivamente nuevas acciones protectoras

comenzaron a tomar relevancia en materia de expulsión (inicialmente recursos de nulidad y de protección y actualmente en forma casi exclusiva los recursos de amparo), dejando postergada la reclamación, como medio principal para recurrir contra las medidas de expulsión.

Frecuentemente los recursos que han sido presentados fuera de plazo son declarados irrestrictamente inadmisibles por la causal de extemporaneidad, y no se han visibilizado mayores cambios en su rechazo en el estudio de las sentencias analizadas⁴⁸. Tampoco existe una remisión de antecedentes por parte de la Corte Suprema a las cortes de apelaciones respectivas, como si ocurre en otros casos. Una curiosa salvedad a esta dinámica, la encontramos en el fallo dictado por la Segunda Sala de la Corte Suprema con fecha 23 de enero del año 2013, en causa Rol N° 400-2013, en la cual el recurso había sido interpuesto solo 3 minutos después del término del plazo, situación alegada por el informe del Jefe del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, como extemporáneo, ante lo cual la Corte Suprema razona en su considerando tercero del fallo, que el derecho al recurso es una garantía para el extranjero frente al acto de autoridad, sosteniendo luego, que la *extralimitación advertida es mínima*, pues no excede de 3 minutos, de manera que privar al afectado del derecho ejercido provoca una afectación a la garantía del debido proceso y resulta ser una decisión arbitraria, en desmedro del afectado, acogiendo finalmente la reclamación impetrada. Lo particular en la decisión tomada, es que este concepto abierto y subjetivo de “extralimitación...mínima”, utilizado por la corte en resguardo de los derechos y garantías del afectado, no es sino una fórmula protectora de derechos, un límite jurídico por el cual el afectado, que en estricto rigor, se encontraba fuera de protección a través de este recurso por su extemporaneidad, se ve resguardado en sus derechos, en virtud de ser desproporcionada la declaración de extemporaneidad ante la vulneración de garantías superiores como son el debido proceso y la arbitrariedad. Este concepto abierto, usado para proteger al afectado en este caso, bien podría haber sido usado en diferentes recursos de este tipo donde era necesaria la actividad protectora de la Corte, pero lamentablemente, no fue encontrado en otras causas. En cuanto al plazo de 24 horas, un voto en contra emitido por el

⁴⁸ Entre estos fallos, podemos mencionar los recaídos en causa Rol N° 8691-2011 de fecha 15 de septiembre del año 2011; causa Rol N° 6604-2012 de fecha 6 de septiembre del año 2012; causa Rol N° 249-2013 de fecha 18 de enero del año 2013; causa rol N°6909-2015 de fecha 3 de junio de 2015; causa Rol N° 2654-2019 de fecha 12 de febrero del año 2019; causa Rol N° 21002-2020 de fecha 10 de marzo del año 2020. Todas dictadas por la Segunda Sala de la Corte Suprema. -

Ministro Haroldo Brito en causa de reclamación por expulsión, Rol N°97.224-2020 de fecha 26 de agosto del año 2020, refleja nuevas tendencias en los criterio de protección, al indicar que el transcurso del plazo de 24 horas, no puede conducir a su extemporaneidad, al no generar posibilidades ciertas de recurrir, dado su carácter notoriamente exiguo, lo cual contraviene el derecho a un justo y racional procedimiento administrativo, actualmente garantizado. Este criterio fue plasmado en la nueva ley 21.325 de Migración y Extranjería, otorgando un recurso de reclamación amplio, con plazos coherentes para el resguardo de los derechos de los extranjeros afectados por medidas de expulsión.

En cuanto al decreto de expulsión por el cual se recurre, la Corte Suprema ha sido sistemática en declarar la inadmisibilidad sobre todos aquellos recursos impetrados contra decretos de expulsión emanados de las autoridades regionales. Sin embargo, a diferencia de los fallos recaídos por los recursos fuera de plazo, la Corte hasta el año 2012 hacía un razonamiento protector en ellos, indicando casi de forma idéntica, que la inadmisibilidad por improcedente que se dictamina en dichos fallos, no deja en indefensión al afectado, pues no lo priva de que pueda impugnar dicho decreto por infracciones al principio de legalidad, mediante las acciones jurisdiccionales de Acción de Nulidad de Derecho Público y Recurso de Protección⁴⁹. En los fallos dictaminados a contar del año 2013, la Corte asume una nueva forma de actuar frente a los recursos que se declaran inadmisibles por ésta causa, asumiendo una posición activa de protección del derecho del afectado, dictaminando luego de la declaración de inadmisibilidad del recurso, que los antecedentes sean remitidos a la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que dicho recurso sea visto a través de un recurso de Amparo constitucional, otorgando al extranjero afectado, una vía directa de protección al efectuarse el redireccionamiento de su causa, sin necesidad de una nueva presentación ante la Corte respectiva⁵⁰. No obstante lo indicado, en los últimos años, se ha apreciado una actitud dispar en cuanto a la dinámica de la declaración de inadmisibilidad por parte de la Corte en este tipo de reclamaciones, remitiendo los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva en

⁴⁹ Entre estos fallos, podemos mencionar los recaídos en causa Rol N° 5280-2008 de fecha 21 de octubre del año 2008; causa Rol N° 716-2010 de fecha 27 de enero del año 2010; causa Rol N° 3812-2010 de fecha 31 de mayo del año 2010; causa rol N°9588-2011 de fecha 20 de octubre de 2011. Todas dictadas por la Segunda Sala de la Corte Suprema. -

⁵⁰ Entre estos fallos, podemos mencionar los recaídos en causa Rol N° 9560-2012 de fecha 04 de enero del año 2013; causa Rol N° 9032-2013 de fecha 21 de octubre del año 2013; causa Rol N° 12836-2013 de fecha 09 de enero del año 2014. Todas dictadas por la Segunda Sala de la Corte Suprema. -

algunos casos⁵¹; o bien teniendo un actuar similar a la época anterior al año 2012 en otros, esto es, considerando que los derechos del afectado pueden ser cautelados por otra acción, siendo ahora aludida la vía de la acción de Amparo constitucional, declarando de ésta forma la inadmisibilidad del recurso, pero sin remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva⁵²; o simplemente decretando su inadmisibilidad sin ningún tipo de declaración adicional⁵³. Lo particular en esto, es que dichos fallos son emanados de una misma sala, conformada por ministros relativamente estables, que resuelven sobre situaciones similares, en donde, a juicio de este tesista, no se aprecia en todos ellos una equivalencia en la protección de derechos de los extranjeros afectados.

Finalmente, en los recursos que son rechazados por temas de fondo, se visualizan rechazos por situación e infracciones graves que puedan ser acreditadas. La Corte falla en este sentido, luego de establecer la correcta competencia legal de la autoridad que ha decretado la expulsión, que exista una específica coincidencia entre la causal legal invocada por la autoridad para decretar la expulsión, y las circunstancias del caso o antecedentes del afectado, y finalmente, cumpliendo con los requisitos anteriores, poder establecer si la expulsión decretada es una decisión proporcional frente al caso en cuestión, a fin de que dicha sanción no provoque que derechos fundamentales sean afectados, como el de vínculo familiar, el interés superior del niño o el debido proceso, los cuales en todo caso, deben ser ponderados con las circunstancias de cada caso. Este criterio es claramente explicitado por la Corte Suprema al indicar “Que en lo relativo a la protección de la familia y los derechos del niño que invoca el reclamante, esta Corte no ha sostenido que esas circunstancias e intereses se erijan como barreras infranqueables para decretar la expulsión de un extranjero, sino únicamente que aquellos deben ser sopesados al momento de dirimir la dictación de esa medida...”⁵⁴. Por lo cual, verificada la causal legal que da lugar a la expulsión, y ponderada las circunstancias del caso frente a otros derechos, y al no parecer que dicha medida sea desproporcionada frente a los hechos particulares, la Corte falla en rechazo de la acción de reclamación en contra del decreto de expulsión emanado de la autoridad administrativa. –

⁵¹ En este sentido, fallo recaído en causa Rol N° 3371-2019 de fecha 21 de febrero del año 2019.-

⁵² En este sentido, fallo recaído en causa Rol N° 4036-2017 de fecha 07 de febrero del año 2017.-

⁵³ En este sentido, fallo recaído en causa Rol N° 36707-2019 de fecha 30 de diciembre del año 2019.-

⁵⁴ Considerando 4° de Fallo en Causa Rol N° 28.147-19, dictado por la segunda sala de la Corte Suprema, de fecha 21 de octubre del año 2019.-

2.3 Análisis de jurisprudencia que acoge Acciones de Amparo constitucional contra decretos de expulsión

Actualmente, la herramienta jurisdiccional usada con mayor frecuencia para recurrir contra los decretos que sancionan la expulsión de extranjeros, es la acción de Amparo constitucional, establecida en el artículo 21 de la Constitución Política de la República⁵⁵. Su utilización para recurrir frente a los decretos de expulsión se ha masificado, debido a que puede ser interpuesto en cualquier tiempo mientras dure la privación, amenaza o perturbación de la libertad personal del extranjero o su seguridad individual, su interposición es desformalizada, y puede ser interpuesta por cualquier persona a nombre del afectado. Su interposición es realizada ante las Cortes de Apelaciones respectivas, pudiendo ser apelado su fallo para ante la Corte Suprema.

En el análisis de diversos fallos recaídos sobre recursos de amparo, se pretende identificar en este apartado, qué derechos fundamentales o principios jurídicos resultan ser invocados con mayor frecuencia en las argumentaciones de la Corte, y por tanto, producen el efecto de ser limitante jurídica frente a la expulsión administrativa a fin de cautelar la libertad personal y seguridad individual del afectado, al momento de acoger estos recursos y dejar sin efecto los decretos que la disponen.

2.3.1 Garantía del Debido Proceso. -

En fallo recaído en acción de Amparo causa Rol N° 18-2018, pronunciado por la Corte de Apelaciones de Copiapó, de fecha 26 de abril de 2018, interpuesto en beneficio de un ciudadano cubano, que ingresa a Chile por un paso fronterizo no habilitado ubicado en Colchane en enero del 2018, y sobre el cual se decreta su expulsión del país por parte de la

⁵⁵ CPR Art. 21° Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Intendencia Regional de Atacama; la Corte sustenta una interesante argumentación en función al respeto del derecho del *Debido Proceso*, como se transcribe textual desde el primer párrafo de su considerando séptimo, e indica “Que, en efecto, no puede dejar de advertirse que la Resolución N° 135 -impugnada por la presente vía-, no da cuenta de haberse tramitado un proceso administrativo en que el amparado haya tenido a lo menos el derecho a ser oído y a presentar las pruebas que estimare del caso, lo que implica una grave vulneración al debido proceso, derecho que rige transversalmente tanto en sede jurisdiccional como administrativa”; luego, el fallo continúa argumentando: “En relación a los derechos de los migrantes, el principio del debido proceso está inserto en los procedimientos migratorios, con el fin de proteger a estas personas de la violación de sus derechos ante autoridades tanto del actuar judicial como administrativo, exigiéndose en el Derecho Internacional la necesidad de adoptar a nivel regional algunas normas mínimas uniformes para garantizar los derechos de las personas migratorias que se encuentren sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole, esto es, un *piso mínimo* de debido proceso al que tienen derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación, exigencia que es la que se advierte en forma manifiesta que no se cumplió en la especie ...”. Seguidamente termina enunciando variados instrumentos internacionales que sustentan esta posición; motivo por el cual, se termina acogiendo el recurso. Esta sólida postura de la Corte de Apelaciones de Copiapó, en respeto del derecho de toda persona al debido proceso y en particular frente a los decretos de expulsión, no es algo aislado, pues encontramos una argumentación similar en defensa de la misma garantía, en fallo pronunciado por esa misma Corte, en acción de Amparo Rol 23-2019 de fecha ocho de mayo del año 2019.-

En concordancia con lo establecido en diversos instrumentos internacionales y legislación vigente, es una imposición para los órganos del Estado sujetar sus procedimientos administrativos al principio del justo y racional procedimiento, lo cual no es una mera facultad de la autoridad administrativa, como bien lo expresa la Corte Suprema al indicar que “El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber-

constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”⁵⁶.

2.3.2 Interés Superior del Niño y el Derecho a la vida familiar. -

El derecho a la vida familiar del extranjero y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes que puedan potencialmente verse afectados, son bienes jurídicos frecuentemente protegidos en los diversos fallos sobre acciones de Amparo contra decretos de expulsión. Así, en fallo recaído en apelación de acción de Amparo causa Rol N° 9081-2014, pronunciado por la Corte Suprema, de fecha 29 de abril de 2014, interpuesto en beneficio de una ciudadana dominicana, que ingresa a Chile por un paso fronterizo no habilitado en el año 2012, y sobre el cual se decreta su expulsión, vino a enmendar el rechazo del recurso en primera instancia pronunciado por la Corte de Apelaciones de Iquique, quien consideró que el Acto Administrativo impugnado era emanado de autoridad competente, por hechos que ameritaban la medida de expulsión del territorio nacional. En vista de lo fallado, la Corte Suprema toma en consideración las circunstancias familiares de la afectada, quien tenía una pareja chilena y su hijo de aproximadamente un año también chileno, primando en su fallo la cautela del derecho a una vida familiar y el interés superior del niño. En este entendido, la Corte considera que, de ejecutarse la medida, dichos derechos serán transgredidos, implicando para el niño, la separación de su madre y perturbará su identidad familiar, lo que sería contrario a la obligación del Estado que es dispuesto en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; vulnerando además el artículo primero de la Constitución en función del deber del Estado en dar protección y fortalecimiento a la familia.

Sin duda alguna, la protección de los derechos vinculados a la familia, son un límite importante frente a los decretos de expulsión administrativos, y son derechos ampliamente cautelados en diversos fallos que acogen acciones de Amparo en las diferentes Cortes⁵⁷, siendo la Corte Suprema, acogiendo recursos de Apelación sobre acciones de Amparo

⁵⁶ Fallo en Apelación de Acción de Amparo, Rol 2309-2015, pronunciado por la Corte Suprema de fecha 19 de febrero de 2015.-

⁵⁷ Entre estos fallos, podemos mencionar los recaídos en causas de apelación de Amparo Rol N° 1152-2018 de fecha 23 de enero del año 2018, Rol N° 2309-2015 de fecha 19 de febrero del año 2015, Rol N° 50010-2016 de fecha 17 de agosto del año 2016. Todas dictadas por la Segunda Sala de la Corte Suprema. -

rechazadas, la que con mayor celo recurre a ellos, evidenciando la importancia de la vida familiar, y la no vulneración de los derechos y el desarrollo de los niños que se vean afectados con dicha medida. Así se evidencia en uno de estos fallos al indicar “Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares del amparado G.T.K., cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando tanto a su pareja como a su hija, por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a la niña de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de la familia en este país que torna la decisión de expulsión en desproporcionada y por ello arbitrario al afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3° obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9° compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”⁵⁸.

2.3.3 Proporcionalidad. -

La proporcionalidad es un principio que permea todo el derecho administrativo y como tal, un acto de la Administración debe ser idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto, para lograr el fin legítimo que se busca. En la jurisprudencia sobre recursos recaídos sobre decretos de expulsión, el principio de proporcionalidad sin duda ocupa un lugar primario, y lo podemos ver complementando o sirviendo de elemento limitante, en las decisiones de los sentenciadores al acoger las diferentes acciones de Amparo. Así, en fallo recaído en Apelación de acción de Amparo causa Rol N° 22457-2014, pronunciado por la Corte Suprema, de fecha 11 de agosto de 2014, interpuesto en beneficio de una ciudadana extranjera, que se autodenuncia por seguir residiendo en Chile con su permiso de turismo vencido por 5 días. En virtud de la infracción, se dispone su expulsión, rechazando luego la

⁵⁸ Considerando 4° de Fallo pronunciado en Apelación de acción de Amparo, Causa Rol N° 12356-2015, dictado por la segunda sala de la Corte Suprema, de fecha 2 de septiembre del año 2015.-

autoridad administrativa el recurso de reconsideración administrativa interpuesto por la afectada. Los sentenciadores consideran que el decreto de expulsión resulta desproporcionado dada la naturaleza, entidad y ámbito de la infracción denunciada, en relación con la afectación que aquél produce a la amparada, sobre todo tomando en consideración que la Administración toma conocimiento de ellos a instancias de la propia afectada, que da cuenta de su propósito de apearse a las normas migratorias nacionales (considerando 4° y 5°).

Ahora bien, un punto importante es que el análisis que debe ser realizado para determinar la proporcionalidad de la medida, no solo debe verificarse al momento de decretar la sanción, sino que también al momento de hacerla efectiva, lo que puede ser revisado por los tribunales, como ocurre en fallo recaído en Apelación de acción de Amparo Rol 3379-2018, pronunciado por la Corte Suprema de fecha 26 de febrero del año 2018, en beneficio de una ciudadana argentina, cuya decisión administrativa de expulsión había sido decretada en el año 2012, pero a causa del cumplimiento de una condena de prisión, sobre la cual se le concedió el beneficio de la libertad vigilada, vino a ser notificada de la ejecución de la medida en el año 2017, no acogiendo la reconsideración administrativa interpuesta por la afectada. En virtud de lo anterior, la Corte Suprema indica que “se encuentra demostrado, mediante los documentos aportados por la recurrente, que ésta tiene una hija de tres años de edad y que actualmente cuenta con una fuente de trabajo en el país”, la Corte continúa luego razonando que “la medida de expulsión decretada resulta desproporcionada, puesto que las circunstancias en que se encuentra la amparada en la actualidad han variado respecto de aquellas tenidas en cuenta al momento de disponerla.” (considerando 2° y 3°).

2.3.4 Ilegalidad y Arbitrariedad. -

A pesar de que la prohibición a la arbitrariedad y el principio de legalidad son principios diferentes, los razonamientos de fallos que invocan estos principios con regularidad son utilizados en conjunto para justificar una decisión que ha carecido de fundamento legal, y es que el incumplimiento de una norma legal por parte de la Administración para decretar sanciones tan gravosas como lo es la expulsión, que afecta

derechos fundamentales de las personas, necesariamente deviene en un acto de arbitrariedad por parte de ella, al carecer o decaer su fundamento en concordancia con el texto legal.

Una causal particularmente frecuente de expulsión, en este punto, es la que se produce por el ingreso al país de un extranjero por un paso no habilitado; frente a dicho hecho, ha sido de usual práctica que la autoridad administrativa interponga la denuncia penal, de la cual luego se desiste, decretando seguidamente la expulsión por esta causa, en conformidad a los artículos 6 y 69 del D.L. 1.904, complementado por el artículo 146 con relación al artículo 158 del Reglamento de extranjería. En fallo de Amparo Rol 88-2019 pronunciado por la Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 26 de junio de 2019, la Corte indica en su considerando tercero que al tenor literal del artículo 146 del Reglamento de Extranjería, una de sus hipótesis de expulsión es que un extranjero que haya ingresado de manera ilegal al país, obtenga su libertad conforme al artículo 158, y luego de ello, sea expulsado; haciendo referencia al desistimiento de la denuncia realizada por la autoridad administrativa, sobre la cual el tribunal debe dictar el Sobreseimiento definitivo; indicando luego el fallo "... lo que no ha resultado acreditado en estos autos es el hecho que un tribunal penal de esta u otra jurisdicción haya efectivamente decretado el sobreseimiento definitivo sobre estos hechos como lo exige el artículo 158. En efecto, la parte recurrida no ha hecho mención alguna a este punto ni ha acompañado documento que acredite que un Tribunal penal haya declarado el sobreseimiento definitivo respecto del amparado."; sosteniendo luego el fallo "Que, de esta manera, y constituyendo la expulsión de un ciudadano extranjero una sanción propia de la regulación migratoria, corresponde dar a ella una interpretación restrictiva, en el sentido que debe cumplirse fielmente por la autoridad administrativa con lo preceptuado, antes de decretar una expulsión, lo que en el caso de marras no ha acontecido, resultando en consecuencia ilegal la expulsión del extranjero recurrente, por lo que la presente acción será acogida." (considerando 4° y 6°). Sobre el mismo punto anterior, la Corte Suprema es más exigente en su argumento y va un paso más adelante en materia de protección, al pronunciarse sobre esta misma situación en fallo recaído en apelación de Amparo Rol 32.840-2021, de fecha 13 de mayo de 2021, de un extranjero que ya había sido expulsado del país, por las mismas causales, señalando en su considerando tercero "... el hecho de haber formulado la autoridad competente el correspondiente requerimiento en contra del amparado [...] para enseguida, desistirse de él, extinguiéndose consecuentemente la acción penal hecha valer y

luego decretar su expulsión del país mediante la Resolución Exenta N° 3.509/2020, de 27 de octubre de 2020, de la Intendencia de Tarapacá, requieren de una carga argumentativa superior a la meramente formal, como la expuesta en la decisión atacada, que se funda únicamente en las disposiciones legales y reglamentarias que cita ...”; sentenciando luego en su considerando sexto “Que, así las cosas, la orden de expulsión decretada y que fue materializada con fecha 25 de abril pasado, deviene en ilegal y arbitraria por ausencia de fundamentos, y considerando la afectación que ello genera en el derecho a la libertad personal del amparado”. Sobre el mismo punto, la misma Corte Suprema en fallo Rol 37.160-2017 de fecha 21 de agosto de 2017, señala “ Que la Intendencia recurrida, el 11 de agosto de 2016, formuló denuncia contra la amparada a fin de que el Ministerio Público iniciara la investigación por infracción al artículo 69 del D.L. N° 1094, que sanciona al extranjero que ingrese clandestinamente al país, desisténdose con posterioridad de ella, lo que trajo como consecuencia la extinción de la acción penal, impidiendo con ello que el órgano persecutor pesquisara y verificase los hechos constitutivos de delito [...] Que en tal situación resulta forzoso concluir que la decisión en contra de la cual se ha interpuesto esta acción constitucional se torna ilegal, porque su única motivación fáctica no fue eficazmente investigada por las autoridades llamadas por ley a hacerlo...”⁵⁹.

Un caso particularmente interesante sobre los derechos estudiados, lo encontramos en recurso de amparo cuya apelación fue revisada en fallo recaído en causa Rol 7080-2017, pronunciado por la segunda sala de la Corte Suprema, de fecha 7 de marzo del año 2017, en la cual se ventila el caso de un periodista italiano que ingresando a Chile como turista, comienza a registrar audiovisualmente y apoyar en la confección de material audiovisual, a una organización compuesta por funcionarios del Sename, en el tiempo en que dicha organización estaba enfrentando huelgas y manifestaciones de sus trabajadores. El Intendente de Santiago en enero del 2017, decreta su expulsión por la causal de “participación en actividades antisistémicas” establecido en el artículo 15 numeral 1° del D.L. 1.094. El 3 de febrero de 2017 fue notificado de la medida por parte de la Policía, procediendo al día siguiente a ejecutar la expulsión. Ante la situación descrita, y luego de haber sido rechazado el recurso de amparo en primera instancia, la Corte Suprema considera en su fallo que los

⁵⁹ En sentido similar fallo recaído en Amparo Rol N° 161-2018 de fecha 29 de junio del año 2018, dictada por la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Arica. -

fundamentos de la causal que dio lugar al decreto de expulsión “carecen de una descripción fáctica de la conducta que se le atribuye, consistente en hechos positivos y objetivos concretos, que permitan sustentar que la permanencia del amparado sería contraria a los intereses de Chile o constituiría un peligro para el Estado” (Considerando 5°). En virtud de dicho razonamiento, la Corte establece que “la resolución impugnada es ilegal y resulta, además, arbitraria de modo que con su pronunciamiento se ha conculcado la libertad personal del amparado”, sentenciando en definitiva que se acoge el recurso de Amparo dejando sin efecto el decreto de expulsión y decretando que al amparado no le afecta ninguna prohibición para reingresar al Chile. –

2.3.5 Libertad Personal. -

Si bien la vulneración de la libertad personal y la seguridad individual es la causal por la cual procede el recurso de Amparo y debe ir acompañada en las consideraciones del recurso, de la mano en gran parte de los derechos ya revisados, existen situaciones en que la libertad personal en su sentido estricto es el que ha sido vulnerada, comprendida como la imposibilidad de desplazamiento en virtud de un arresto, detención o apresamiento de alguna persona con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, como lo señala la primera parte del artículo 21 de la Constitución.

En materia migratoria, en duros términos se ha referido la magistratura contra la vulneración de la libertad personal de extranjeros afectados por una medida de expulsión que se encuentra en estado de cumplimiento, para lo cual el artículo 90 del D.L. 1.095 otorga a la autoridad un plazo de 24 horas de detención para ejecutar la medida. Así en fallo recaído en amparo Rol 351-2013, de 9/3/2013 pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en el cual se ventilaba la detención de extranjeros que esperaban su expulsión desde 6 días a 29 días, donde la misma Corte verificó presencialmente las condiciones de los afectados, y concluye: “conforme pudo verificarlo esta Corte, las condiciones en que se han ejecutado las privaciones son del todo inadecuadas e indignas para cualquier persona (...). Empero, en lo que resulta mucho más relevante para estos fines, se ha conculcado gravemente el derecho a la libertad personal de cada uno de los amparados, porque se ha excedido con creces el plazo máximo de 24 horas de detención, porque no se han guardado las formalidades legales

y, por lo mismo, porque se incurrió en irregularidades que no pueden ser toleradas”; ante lo cual, más adelante el fallo indica “En tales circunstancias, resulta de toda evidencia que, merced a una prolongación carente de juridicidad, racionalidad, de justificación y que sobrepasa toda proporcionalidad, han sido indebida e ilegalmente privadas de su libertad las señaladas personas”. La sentencia finalmente acoge el recurso de Amparo y ordenó poner en libertad a las personas afectadas, poniendo los antecedentes en la fiscalía por hechos que pudieran configurar delitos, y ante el Ministerio del Interior y Policía de Investigaciones para efectos disciplinarios a que diera lugar. En este mismo sentido, y en apelación de Amparo Rol 866-2011, pronunciada por la Corte Suprema el 21/03/2011, en que dos extranjeros fueron detenidos por un lapso de tres días para luego ser expulsados por la autoridad administrativa, excediendo el plazo de 24 horas otorgado por la ley; y aunque los amparados habían sido expulsados y se encontraban fuera de Chile, la Corte acoge el amparo para el solo efecto de declarar que la autoridad mantuvo privados de libertad a (...) en contravención a la normativa que rige la materia”.

2.4 Conclusiones del análisis de jurisprudencia

Del análisis de fallos que se pronuncian sobre acciones jurisdiccionales impetradas contra decretos de expulsión emanados de la autoridad administrativa, en relación con la eficacia de los límites jurídicos frente a la facultad de expulsión del Estado, es posible considerar como conclusiones los siguientes puntos:

1) La protección de los extranjeros afectados por una medida de expulsión administrativa, mediante los recursos de Reclamación y Amparo constitucional, según corresponda, parecen ser herramientas efectivas en contra de los decretos que sancionan dicha medida, en cuanto la decisión de la Administración con inusitada frecuencia ha pasado por alto la correcta observancia de las normas legales, el apego estricto al procedimiento contemplado con observancia de la garantía del debido proceso, como asimismo ha desestimado tomar en consideración los antecedentes familiares y personales del afectado al decretar la medida de expulsión; elementos que al ser revisados en sede judicial, cautelan el

hecho de que la medida decretada no vulnere derechos superiores del afectado o su familia. Sin embargo, a pesar de que las acciones judiciales tienen un antecedente de protección a favor del extranjero afectado, no hay una instancia formal de asesoramiento donde el extranjero pueda ser informado de forma efectiva de los diferentes procedimientos que lo cautelan y la forma de hacer valer sus derechos, más aún cuando muchos de los extranjeros afectados se encuentran limitados por el idioma o el limitado conocimiento legal del país, quedando relegada su capacidad de recurrir, a instancias de organismos no gubernamentales vinculados al área migratoria, o su eventual acceso a la disponibilidad de la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente, lo que genera una instancia de vulnerabilidad de los afectados, frente al legítimo derecho de un acceso igualitario a la justicia. -

2) En cuanto a la capacidad vinculante de los principios y derechos de los afectados como elementos limitantes de la facultad de expulsión que tiene el Estado de Chile dentro de los procesos de revisión judicial, hay suficiente información para establecer que el principio de legalidad, prohibición a la arbitrariedad, el principio de proporcionalidad, la garantía del debido proceso, la protección al derecho a una vida familiar, el arraigo nacional, el interés superior del niño y la libertad personal, son límites jurídicos relevantes al ser realizado el análisis de los decretos de expulsión administrativa por parte de los tribunales de justicia, siendo considerados como criterios efectivos que contrarrestan la decisión de la autoridad administrativa, o en su caso obligan a un ejercicio de ponderación de derechos, al momento en que las diferentes Cortes fallan los recursos.

3) Que los motivos de rechazo correspondiente a causales de fondo de recursos de reclamación impetrados contra decretos de expulsión, corresponden a situaciones o circunstancias graves de infracción de ley que son fehacientemente acreditadas y que, al efectuar el ejercicio de ponderación por parte de los tribunales, la expulsión aparece como una medida idónea para el caso particular en beneficio de los intereses del Estado y en contraposición a los demás derechos afectados. Que, salvo excepciones muy particulares, la extemporaneidad como la no procedencia del recurso por recurrir sobre decretos de autoridades regionales, son los motivos de forma más usuales por los cuales se rechazan los recursos de reclamación.

4) Que ante la numerosa evidencia de acciones interpuestas en contra de los decretos de expulsión dictaminados por la autoridad administrativa, y los reparos

evidenciados por los sentenciadores, no se aprecia que exista un criterio protector de derechos de los extranjeros afectados por parte de la Administración, que permita identificar un ejercicio de ponderación previo de los derechos y principios relevantes para el caso particular al decretar las expulsiones; por lo cual, en el actuar de la Administración, se aprecia más bien un ejercicio anacrónico y rígido de aplicación de normas sin considerar las diferentes circunstancias en resguardo de los derechos esenciales de las personas, regulados en la legislación interna y replicados una y otra vez por instrumentos internacionales, y que debiesen ser atendidos con especial cuidado al adoptar la decisión de aplicar una sanción tan gravosa como la expulsión, particularmente en aquellos casos en que la sanción es facultativa y no de carácter imperativa para la Administración. Si bien la legislación vigente en el D.L. 1.094 y su reglamento, no contempla un marco de principios protectores en favor de los extranjeros afectados, en un sistema constitucional de derecho como el chileno, los principios y derechos contenidos en la Constitución (y los derechos que se integran a la legislación interna en virtud del inciso segundo del artículo quinto constitucional), permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo la legislación en estudio, por lo cual, el actuar de la Administración no puede obviar tan elemental norma protectora.-

IV. LEY 21.325 DE MIGRACION Y EXTRANJERIA. UNA MIRADA DE OPTIMISMO AL NUEVO TRATO ENTRE EXTRANJEROS Y EL ESTADO DE CHILE

Mientras eran estudiados y redactados los diferentes capítulos de este trabajo, fue aprobada en el Congreso Nacional, la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, promulgada el 11 de abril de 2021, y publicada en el Diario Oficial el 20 de abril de 2021; la cual viene a derogar y reemplazar la actual regulación sobre la materia, contenida en el D.L. 1.094 y su reglamento. Según lo dispone el artículo undécimo transitorio de la nueva Ley 21.325, con relación al artículo décimo transitorio, esta ley no entrará en vigencia hasta que no sea promulgado su reglamento, para lo cual el Ministerio del Interior y Seguridad Pública tendrá el plazo de un año para su dictación. En virtud de esto, el D.L. 1.094 y su reglamento se mantienen vigentes en materia migratoria, hasta la dictación del nuevo reglamento

migratorio. Sin embargo, las nuevas regulaciones contenidas en la Ley 21.325 en materia migratoria y en particular en materia de expulsiones, anticipan un avance importante en el ámbito de protección de derechos fundamentales de los extranjeros afectados por ella.

Como primer punto destacable, la nueva ley de migración y extranjería contiene un capítulo exclusivo que consagra principios, derechos y obligaciones en favor de los migrantes y extranjeros; situación que resulta del todo novedosa frente a la regulación contenida en el D.L. 1.094 que es anémica en este sentido. Entre los principios y derechos consagrados encontramos el respeto por los derechos humanos de los extranjeros, el derecho a la libre circulación y residencia del extranjero que haya ingresado lícitamente en el territorio nacional, la igualdad ante la ley y la no discriminación (artículo 3°); establece como un deber del Estado el cautelar el Interés superior del Niño (artículo 4°); y un deber de información al extranjero por parte del Estado (artículo 5°). El artículo 9° deja establecido además que la migración irregular no es constitutiva de delito, fijando el criterio de no criminalización de la migración irregular. Especial regulación nos propone también el artículo 11°, que establece el criterio interpretativo de la ley será en armonía con los valores, principios, derechos y libertades contenidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. También el artículo 12 nos ofrece una norma protectora, al consagrar en la ley el *principio pro homine*, al indicar “Los *derechos* reconocidos en esta ley serán interpretados según la norma más amplia o extensiva. A su vez, cuando se trate de *restringir o suspender derechos* se interpretará de acuerdo a la norma más restrictiva”. En cuanto a los principios señalados y en particular al principio interpretativo y pro homine, es importante señalar que dicha exigencia no está reservada para los tribunales de justicia, sino que su observancia debe estar presente en cada acto que ejecute en función de esta ley cualquier órgano o agente del Estado. Finalmente, un derecho consagrado en la ley 21.325 y que es notorio destacar, es la consagración del derecho a un debido proceso, establecido en el artículo 21 de la ley, en particular asegurando al extranjero un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en la ley. –

Un segundo punto destacable en la nueva ley 21.325 de Migración y Extranjería, es la creación de un nuevo servicio descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio denominado “Servicio Nacional de Migraciones”, que estará bajo la supervigilancia

del Presidente de la República mediante el Ministerio del Interior y Seguridad Pública; que viene a ser competente en buena parte de las funciones radicadas en el D.L. 1.094 en el Ministerio del Interior y las Intendencias Regionales. Las funciones específicas de este nuevo Servicio, se detallan en el artículo 157 de la Ley 21.325, que abarcan casi en su totalidad las operaciones y acciones para llevar a cabo la política nacional de migración y extranjería en el país. El avance es significativo, pues en expresión de las funciones de este nuevo órgano, la regla general será que los procedimientos administrativos contenidos en la nueva ley de migración y extranjería, incluidos los procedimientos sancionatorios, donde podemos encontrar la expulsión administrativa, serán resueltos por el Servicio Nacional de Migraciones, que entendemos deberá tener una calidad técnica especializada para dicho fin; sin perjuicio por cierto, de aquellos procedimientos en que específicamente la ley otorgue competencia a otro organismo, como por ejemplo al Ministerio de Relaciones Exteriores respecto de procedimientos administrativos en materia migratoria tramitados fuera de Chile.

Un tercer punto destacable, es el alcance y restricciones que la ley da al fenómeno de la expulsión. Así en el artículo 126°, la ley define lo que debe ser entendido por expulsión al indicar que *“La expulsión es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia”*; estableciendo por tanto, el marco conceptual sobre el cual debe ser entendido el término para efectos de la ley. En cuanto a las restricciones, la ley contiene prohibiciones de expulsión en su articulado: así, por un lado, el artículo 4° refiriéndose a la consagración del interés superior de niños, niñas y adolescentes, indica que no se podrán aplicar a ellos las sanciones de esta ley, incluyendo por tanto la expulsión. El artículo 130° prohíbe las expulsiones colectivas. Y hay prohibiciones explícitas de expulsión para titulares de protección complementaria (artículo 10°), víctimas de trata de personas (artículo 71°), y asilados políticos (artículo 97°), a países donde su vida o integridad corran peligro.

Un cuarto punto destacable, son los avances en cuanto a las causales y procedimiento que dan lugar a la expulsión de un extranjero, tema que ya fuera tratado en los puntos 4.2.2 y 4.3.2 respectivamente del capítulo primero de este trabajo. En cuanto a las causales, comentar que se reducen significativamente las causales contenidas en conceptos jurídicos abiertos, como por ejemplo los actos contrarios a la moral y las buenas costumbres, que daban

lugar a la discrecionalidad de la Administración en la aplicación de la medida, limitando por tanto, la posibilidad de cometer actos arbitrarios amparados bajo el concepto de la discrecionalidad administrativa. En cuanto al procedimiento, señalar que la consagración de las garantías de un procedimiento informado, con el derecho del afectado de presentar defensa en tiempos razonables, ser asistido jurídicamente, y la posibilidad de recurrir de la medida, otorgan un marco razonable de protección para el extranjero afectado con la medida de expulsión administrativa, bajo el amparo del principio del debido proceso también consagrado en la misma ley.

Con lo descrito en los párrafos anteriores, es indudable el avance en materia de protección de derechos contenido en la ley 21.325, cautelando en varios puntos la integridad del extranjero afectado o los derechos que le asisten frente a la potestad sancionatoria del Estado. La nueva legislación entonces, ha recogido con especial cuidado parte de los principios y derechos más importantes referidos en la doctrina jurídica de los límites al ejercicio del derecho de expulsión, no solo conteniendo varios de estos principios explícitamente en su articulado, sino que además, imponiendo la obligación a la autoridad administrativa, tal como lo dispone el artículo 129°, a que previo a dictar la medida de expulsión, en su fundamento, el servicio considerará respecto del afectado, la gravedad de los hechos, los antecedentes delictuales, la reiteración de la infracción, el periodo de residencia en Chile, familia directa con residencia definitiva en Chile, hijos chilenos o con residencia definitiva, la edad de ellos y las obligaciones para con ellos en virtud del interés superior del niño y la unidad familiar, y la contribución del extranjero en el país en materia social, política, cultural, artística, científica o económica.

Al no entrar en vigencia aún la ley 21.325, es imposible analizar su impacto en los procedimientos llevados a cabo por la Administración, y menos aún su impacto frente a recursos judiciales impetrados contra las medidas de expulsión. No obstante lo anterior, se visualiza un horizonte particularmente optimista, ya que la nueva ley de migración y extranjería contiene variadas herramientas de protección que no existían en la regulación del antiguo D.L. 1.094 y su reglamento, y que podrán ser usados y exigidos por todos los afectados, frente a las posibilidades de que la Administración del Estado pueda incurrir en actos, acciones u omisiones de carácter arbitrario. -

V. CONCLUSIONES

En el desarrollo de este trabajo, se ha tenido en mente la interrogante principal que lo sustenta, por la cual se busca conocer si los llamados límites jurídicos a la expulsión administrativa de extranjeros, han encontrado en el Estado de Chile, un efecto vinculante para la protección de los afectados por esta gravosa medida administrativa. Para esto se ha desarrollado un marco conceptual y regulatorio de la expulsión administrativa en el país, pasando luego a exponer varios de los principios y derechos que son considerados límites al ejercicio del derecho de expulsión de los Estados, verificando posteriormente, a la luz de acciones y recursos impetrados contra decretos de expulsión administrativa, si los límites estudiados tienen un efecto vinculante en la revisión realizada por las diferentes Cortes del país en protección de los derechos de los extranjeros afectados, tratando de dilucidar, en virtud de las revisiones judiciales de la medida, si éstos límites son considerados por la Administración al momento de disponer la sanción más gravosa en materia migratoria, como es la expulsión del país, o disponen la medida sin observancia a ellos.

En virtud del estudio realizado, la respuesta general a la interrogante principal de este trabajo es positiva, pudiéndose constatar que, para el Estado de Chile, varios de los límites al derecho de expulsión son usados frecuentemente por los tribunales de justicia, con un efecto limitante frente a las expulsiones administrativas, teniendo, por tanto, un efecto vinculante en la protección de los derechos del extranjero afectado con dicha medida. Sin embargo, es lamentable no poder ser categórico en este sentido, pues su marco de protección solo tiene un rol activo en sede judicial, en virtud de la revisión que de los recursos impetrados contra las expulsiones realizan las diferentes Cortes del país, no teniendo dicha protección un impacto importante en sede administrativa, donde, en virtud de los propios cuestionamientos realizados por los tribunales de justicia a la Administración del Estado en causas sobre la materia, es frecuente encontrarnos con declaraciones sancionando actos arbitrarios, ilegales o desproporcionados que, más allá de realizar un juicio de valor de quienes las realizan, podemos inferir que son fruto de una aplicación rígida y anacrónica de la legislación frente a un caso particular donde opera una causal que tiene como sanción la expulsión, amparados bajo el alero de discrecionalidad; no siendo en definitiva considerados por parte de la órganos de la Administración, los diferentes derechos que pudieran ser vulnerados con dicha medida,

en virtud de los derechos y principios generales que deben ser observados en virtud de la Constitución, los Tratados Internacionales aplicables y las condiciones personales y familiares del afectado.

En el ámbito judicial entonces, la protección de los extranjeros afectados por una medida de expulsión administrativa, mediante los recursos de Reclamación y Amparo constitucional, según corresponda, parecen ser herramientas efectivas en contra de los decretos que sancionan dicha medida. Sin embargo, a pesar de que las acciones judiciales tienen un antecedente de protección en favor del extranjero afectado, existe un reducido acceso de estas acciones por parte de ellos, debido a que no existe una regulación vigente que garantice el acceso oportuno y eficaz de éstos a defensores especializados que puedan hacer valer sus derechos ante la protección del aparato judicial, quedando relegada sus opciones a los organismos de ayuda no gubernamentales o la disponibilidad de las extenuadas Corporaciones de Asistencia Judicial. La situación descrita, es una afectación evidente al legítimo derecho que tiene toda persona de tener un acceso igualitario a la justicia.

Por otro lado, en el ámbito de la autoridad administrativa, y como ya fuera señalado, no se aprecia que exista un criterio protector de derechos de los extranjeros afectados por parte de la Administración, que permita identificar un ejercicio de ponderación previo de los derechos y principios relevantes para el caso particular al decretar las expulsiones. Existe la necesidad, por tanto, de una nueva regulación que haga obligatorio este ejercicio de ponderación de derechos en el actuar de la Administración frente a las atribuciones de discrecionalidad que detentan, que implemente un órgano especializado ante el aumento exponencial del fenómeno migratorio y que cautele y consagre los derechos de los migrantes y sus familias.

Es en virtud de lo anteriormente expuesto, que la nueva Ley 21.325 de Migración y Extranjería, se vislumbra como un campo fértil en materia de protección de derechos de los extranjeros, pues incorpora una nueva regulación con enfoque de derechos, desarraigando este espíritu de seguridad nacional que inspiraba al D.L.1.094, incorporando la consagración de principios y derechos fundamentales en su articulado, obligaciones de observancia por parte de la Administración de éstos principios y derechos en defensa de los afectados en la aplicación de la ley, generando un nuevo organismo especializado en materia migratoria y limitando la discrecionalidad de la autoridad administrativa en materia de expulsión. Esta ley

trae consigo nuevos aires de esperanza, que, sin embargo, solo se podrá evidenciar su real impacto con la entrada en vigencia y la aplicación práctica de la misma, la que sin duda traerá cambios importantes a fin de que avancemos en la senda de crear un Estado protector de derechos, que genere las condiciones para que cada extranjero, de cualquier lugar del mundo, sin importar su raza, color, pensamiento, religión, etnia o nacionalidad, pueda venir y hacer realidad sus sueños de construir vida en este país, sin que la expulsión sea un fantasma que aparece ante cualquier descuido, falta o error cometido por un migrante, vulnerando sus derechos o destruyendo su núcleo familiar, sino solamente pueda ser invocada dicha medida, cuando condiciones graves o calificadas la hagan necesaria.

BIBLIOGRAFIA

- ARLETTAZ, Fernando. (2016). “La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N°145. UNAM (ed.). Pág. 13-45. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4990> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- BASSA Mercado, Jaime (2007). “Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, en *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, Universidad de Chile. N°1. Pág. 17-41. <https://cyberhumanitatis.uchile.cl/index.php/RMDD/issue/view/1609> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- BASSA Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): “Desafíos para el Ordenamiento Jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca. Año 13, N°2 2015. Pág. 103-124.
- BERMÚDEZ Soto, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General*. Legal Publishing Chile (ed). Santiago.
- BOLLO Arocena, María Dolores. (2013). “Límites Personales y Materiales al Derecho de los Estados a la Expulsión de Extranjeros. Una Visión Desde El Derecho Internacional Público”, en *Curso de Derecho internacional y relaciones internacionales*. Universidad del País Vasco (ed.). Edición 2013. Pág. 109-186. Disponible en <https://www.ehu.es/documents/10067636/10775164/2012-MariaDolores-Bollo-Arocena.pdf/c884c2de-83a6-72e8-d2b0-7fe83d7878d6?t=1539859379000> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- CAMACHO Cepeda, Gladys (2007). “La Clasificación de la actividad sustancial y los principios de la actuación administrativa”, en *Derecho Administrativo Chileno*. Coordinador Ricardo Pantoja. Editorial Porrúa. México. Pág. 153-187.
- CARRASCO Catalán, Isái y Parra Cortés, Rocio (2019). “La Expulsión de extranjeros: Una revisión actual y futura a la luz del debido proceso administrativo sancionador”, en *Derecho y Migración. Actas de las XLVII Jornadas Chilenas de Derecho Público*. John Charney Editor. Ediciones Universitarias de Valparaíso (ed). Valparaíso. Pág. 333-352.
- COLOMBO Campbell, Juan (2006). *El debido proceso Constitucional*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°32. LOM Ediciones (ed). Santiago.
- DELLACASA Aldunate, Francisco José y Hurtado Fernández, José María (2017): *Derecho Migratorio Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Ed. Santiago.
- DÍAZ Tolosa, Regina Ingrid. (2013). “Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho interno en materia de protección de la dignidad humana”, en *Revista de derecho*, Universidad Católica de Valparaíso. 1er. semestre, año 2013. Pág. 393-417. Disponible en

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n40/a12.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

- DÍAZ Tolosa, Regina Ingrid. (2014). “El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 41 N°2, año 2014. Pág. 555-587. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200007> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- DIEZ DE VELASCO Vallejo, Manuel (1999): *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. Madrid, España.
- GARCÍA Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2014). *Diccionario Constitucional Chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N°55. Producciones Graficas Ltda. (ed). Santiago.
- HENRIQUEZ Viñas, Miriam (2014): “El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Año 20, N°1 2014. Páginas 365-376. Disponible en <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/18/15> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- KAMTO, Maurice (2006). “Segundo informe sobre la expulsión de extranjeros”. Preparado para la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Documento A/CN.4/573. Fecha 20 de julio de 2006. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_573.pdf Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- KAMTO, Maurice (2007). “Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros”. Preparado para la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Documento A/CN.4/581. Fecha 19 de abril de 2007. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- KAMTO, Maurice (2009). “Quinto informe sobre la expulsión de extranjeros”. Preparado para la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Documento A/CN.4/611. Fecha 27 de marzo de 2009. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_611.pdf Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- LAWSON, Delfina y 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*. Universidad Diego Portales. Pág. 217-238. Disponible en <https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/11/Lawson-y-Rodriguez-Debido-Proceso-en-Expulsion-Migrantes-Final.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- LORCA Ferreccio, Rocío (2020): “Libertad Personal y Seguridad Individual. Una Revisión del Artículo 19 número 7 de la Constitución Política de Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia. Universidad de Chile*. Número 32, Año 2020. Pág. 71-104.

Disponible en <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/57833/61618> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.

- MARTÍNEZ, Valinotti, Inés (2014): *Las Migraciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Colección de Estudios Internacionales (ed). Asunción.
- MEDINA Quiroga, Cecilia (2018): *La convención americana de derechos humanos*. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago.
- MOLINA Conzué, Diego (2020). “La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales”, en *Estudios de Derecho*, Universidad de Antioquia (ed). Vol. 77 N°169. Pág. 293-321; <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/341198> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- MONDACA Miranda, Alexis. (2018). “Comentarios de jurisprudencia”. En *Revista de derecho* (Concepción), Vol. 86, N°244 2018. Pág. 261-271. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000200261> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- MOYA Domínguez, María Teresa (1999): *Derecho Internacional Público*; Ediar S.A. Editora. Buenos Aires.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile. Vol. 13, Páginas 161-186. Disponible en <https://www.revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/issue/view/40> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- NOGUEIRA Alcalá, Humberto (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*. Librotecnia (ed). Santiago, Chile.
- NUÑO Balmaceda, Paula (2014): *De la Expulsión de Extranjeros. La expulsión de extranjeros ante el derecho internacional vigente*; Ediciones Jurídicas de Santiago. Santiago.
- ONU, Comisión de Derecho Internacional de la (2006): “Memorando Expulsión de extranjeros”. Preparado por la Secretaría de la Comisión. Documento A/CN.4/565. Fecha 10 de julio de 2006. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/565> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.
- RAVETLLAT Ballesté, Isaac (2015): “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, N°3, pp. 903-934.- Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art07.pdf> Fecha última consulta: 04 de julio de 2021.