



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DERECHO INTERNACIONAL

LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA. SU
ANÁLISIS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Benjamín Adolfo Muñoz Gayani

Profesora Guía: Rita Sofia Lourenço Lages de Oliveira

Santiago, Chile

2024

Resumen

La presente memoria de pregrado aborda el estudio de la expulsión administrativa, considerada la sanción más severa dentro de la normativa migratoria, y regulada bajo la nueva ley 21.325 sobre migración y extranjería. El objetivo central de esta investigación es evaluar en qué medida esta normativa y su aplicación por los tribunales superiores de justicia se alinean con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

Para llevar a cabo este análisis, se examinarán las garantías procesales y sustantivas establecidas por los órganos internacionales encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados, centrándose en el debido proceso, el principio de igualdad y no discriminación, el principio de no devolución, el interés superior del niño, niña y adolescente, y la protección de la unidad familiar.

A lo largo de la investigación, se analizarán de manera separada dos figuras clave: la expulsión propiamente tal y la reconducción o devolución inmediata. En relación con la primera, se identifican insuficiencias en la protección de ciertas garantías, especialmente durante el procedimiento administrativo, tales como la asistencia jurídica, consular y de traductores. Además, se destaca la necesidad de asegurar, en la práctica judicial, la protección del interés superior del niño, niña y adolescente. En cuanto a la segunda medida, se observa que los extranjeros quedan en una situación de completa desprotección, al carecer de cualquier garantía procesal, lo que compromete directamente el resguardo de sus derechos sustantivos.

Palabras clave: Migración internacional; Ley n° 21.325; Expulsión administrativa; Reconducción o devolución inmediata.

Abstract

This undergraduate thesis examines administrative expulsion, considered the most severe sanction within migration regulations, as governed by the new Law 21.325 on migration and foreigners. The central objective of this research is to assess the extent to which this regulation and its application by higher courts align with international human rights law standards.

To conduct this analysis, the procedural and substantive guarantees established by international bodies overseeing treaty compliance will be examined, focusing on due process, the principle of equality and non-discrimination, the principle of non-refoulement, the best interests of children and adolescents, and the protection of family unity.

Throughout the research, two key concepts will be analyzed separately: expulsion and refoulement. Regarding the former, deficiencies are identified in the protection of certain guarantees, particularly during the administrative procedure, such as legal, consular, and translation assistance. Moreover, the need to ensure, in judicial practice, the protection of the best interests of children and adolescents is emphasized. As for the latter measure, it is observed that foreigners are placed in a situation of complete vulnerability, lacking any procedural guarantees, which directly undermines the protection of their substantive rights.

Key words: International Migration; Law No. 21.325; Administrative Expulsion; Refoulement

ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo 1. La expulsión en el derecho internacional de los derechos humanos	10
1. Garantías sustantivas	12
1.1 Igualdad y no discriminación	12
1.2 Protección a la familia	14
1.3 Interés superior del niño, niña y adolescente.....	16
1.4 Non refoulement o principio de no devolución.....	17
2. Garantías procesales.....	20
2.1 Prohibición de expulsiones colectivas.....	22
2.2 Principio de legalidad y motivación del acto	23
2.3 Reglas del debido proceso	24
Capítulo 2. La expulsión administrativa en el ordenamiento jurídico chileno...	28
1. La expulsión administrativa en la ley 21.325	29
1.1 Definición de la expulsión	29
1.2 Principios fundamentales de protección de la ley 21.325.....	29
1.3 Causales de expulsión	35
1.4 Consideraciones previas a dictar una medida de expulsión.....	40
1.5 Prohibición de expulsiones colectivas.....	44
1.6 Procedimiento de expulsión	45
1.7 Recursos contra la medida de expulsión	46
2. La expulsión como parte de la potestad sancionadora de la administración	48
3. Reconducción y devolución inmediata.....	52
Capítulo 3. Cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos de la ley 21.325 y su aplicación por la Corte Suprema.....	56
1. Expulsión.....	57
1.1 Garantías sustantivas	57
1.2 Garantías procesales	64

2. Reconducción o devolución inmediata.....	72
2.1 Garantías sustantivas	73
2.2 Garantías procesales.....	76
Conclusión.....	83
Bibliografía	85

Introducción

El aumento de la inmigración hacia Chile durante los últimos años¹, ha demandado la actualización de la legislación y políticas públicas. En este contexto, se dictó la ley 21.325 sobre Migración y Extranjería, que reemplazó el Decreto Ley (DL) 1094, vigente desde 1975².

Como señala Amnistía Internacional: “El debate acerca de la necesidad de regular la migración en Chile ha estado en el tapete mediático por bastante tiempo, planteándose posiciones que llaman a restringir el acceso de inmigrantes a Chile, acompañadas de expresiones generalizadoras y estigmatizantes que apuntan a evitar que personas extranjeras viajen a Chile con el objeto de delinquir”³.

Este tipo de discurso es común en los países que ven la llegada masiva de extranjeros, y se ve favorecido por el amplio apoyo popular a la adopción de medidas que restrinjan la entrada de migrantes⁴, al considerarlos responsables por la congestión de los servicios públicos, el desempleo o la delincuencia⁵. Esta visión, en Chile, se ve

¹ “Los extranjeros aumentaron de 305 mil en 2010 (lo que correspondía al 1,8% de la población total chilena) a casi 1.500.000 personas en 2020 (7,5% de la población), según la organización Servicio Jesuita a Migrantes (SJM)”. Rodrigo Ríos, 2022.

² “La regulación del DL N° 1.094 se inspiró en la doctrina de “seguridad nacional”, que posiciona a las personas extranjeras como una potencial amenaza a la seguridad del país. Ello, sin perjuicio que, con el término de la dictadura, los posteriores gobiernos democráticos fueron atenuando esta visión incorporando referencias a los derechos humanos en la normativa nacional”. Barrios Núñez, 2021, p. 55.

³ Amnistía Internacional, 2017, p. 1.

⁴ “De acuerdo al sondeo correspondiente a la primera quincena de febrero, un 56,8% está muy en desacuerdo/en desacuerdo con la inmigración en Chile”. Encuesta revela aumento de más de 21 puntos en el rechazo a la inmigración, 2021.

⁵ “Los encuestados también señalaron en un 58,1% que con el aumento de la inmigración, aumentará el desempleo de los chilenos” “Además, un 53% señala que aumentará la delincuencia”. Encuesta revela aumento de más de 21 puntos en el rechazo a la inmigración, 2021.

reforzada por la llegada del crimen organizado desde países latinoamericanos⁶, asociándose la migración irregular a delincuencia.

Debido al poco tiempo de la vigencia de la referida ley y el contexto en que se da esta discusión, es necesario realizar un estudio de sus disposiciones normativas, para así entregar certeza jurídica a los operadores del derecho y los extranjeros sometidos a ella. Asimismo, es necesario su estudio por las obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos del Estado chileno, el cual debe respetar los tratados internacionales de derechos humanos ratificados, por disposición del art. 5 inciso segundo de la Constitución Política⁷.

No solo es importante determinar el apego a las obligaciones jurídicas de derechos humanos por parte de la ley en abstracto, sino que también los jueces a la hora de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento deben interpretar las normas de acuerdo con estas obligaciones en el caso concreto, considerando el deber que tienen de realizar un control de convencionalidad de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸ (en adelante “Corte IDH” o “la Corte”). El control de convencionalidad puede definirse como “(...) una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte”⁹. Para realizar esta tarea, los jueces deben conocer los distintos instrumentos internacionales, y realizar una interpretación de la ley 21.325 que sea respetuosa de aquellos.

⁶ “Según la información de la Fiscalía, la identificación de miembros del Tren de Aragua en Chile ha tenido un crecimiento explosivo” Catalina Olate et al., 2023.

⁷ Nogueira, Humberto, 2013, p. 114.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). párr. 124.

⁹ Rivas, 2012, p. 108.

El objetivo de esta tesis es dar a conocer las obligaciones que tiene el Estado chileno en materia de expulsión y busca responder la pregunta: ¿la expulsión administrativa regulada en la ley 21.325 y su aplicación por parte de los tribunales superiores de justicia es respetuosa de las obligaciones internacionales que ha asumido Chile en materia de derechos humanos?

La expulsión, según la definición propuesta por Kamto, es “el acto jurídico por el cual un Estado obliga a una persona o grupo de personas nacionales de otro Estado a abandonar su territorio”¹⁰. Esta definición amplia, incluye también la figura de reconducción o devolución inmediata incluida en la ley 21.325, consistente en la posibilidad de reconducir al Estado de origen o procedencia, a los extranjeros que ingresen al país mientras se encuentre vigente la resolución que decreta su expulsión, o aquellos que sean sorprendidos por la autoridad migratoria intentando ingresar o habiendo ingresado eludiendo el control migratorio, ya sea por pasos habilitados o no, o que se hayan internado al territorio nacional hasta 10 kilómetros del límite fronterizo terrestre o dentro del mar territorial, o intentando ingresar valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otras persona.

La ley 21.325 establece un procedimiento de expulsión que tiene sus propias causales en el artículo 127 y 128, lo que se conceptualizará como “expulsión propiamente tal”, para diferenciarla por motivos de entendimiento de la figura de reconducción o devolución inmediata, recién mencionada. Esto sin perjuicio de que la normativa internacional desarrollada en este trabajo es aplicable a ambas figuras sin distinción.

La expulsión es, tal como se ha entendido en el derecho internacional, una potestad de los Estados, pero sujeta a límites sustantivos: igualdad y no discriminación;

¹⁰ Kamto, 2005, p. 13.

protección de la unidad familiar; interés superior del niño, niña y adolescente; y el principio de no devolución, y también a límites procesales¹¹: prohibición de expulsiones colectivas; legalidad y motivación; y reglas del debido proceso. En este sentido, no es una potestad absoluta, sino que los Estados deben adecuar los actos de expulsión a los Tratados de Derechos Humanos.

En cuanto a la estructura del trabajo, este constará de tres capítulos. En el primero de ellos se expondrá la normativa internacional que debe respetar Chile en materia de expulsión, por lo que se verán las garantías sustantivas y procesales contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "PIDCP") y su aplicación por parte de del Comité de Derechos Humanos (en adelante "el Comité"), en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual, de acuerdo a la propia Corte, es obligatoria para los Estados Parte¹², y por último, en la Convención Belém do Pará y la jurisprudencia del Comité para la Discriminación Contra la Mujer (en adelante "CEDAW").

En el segundo capítulo, se expondrán los enunciados normativos contenidos en la ley 21.325 relativos a la expulsión administrativa, la doctrina especializada y su aplicación por los tribunales superiores de justicia. Se analizarán tanto sus aspectos sustantivos (aquellos relativos a las causales de expulsión, las consideraciones previas que se deben tomar en cuenta de acuerdo al artículo 129 y el permiso de residencia transitoria para víctimas de trata de personas) como aspectos procedimentales (etapas del procedimiento administrativo, recursos judiciales y administrativos, etc.), también se verá la naturaleza jurídica de la expulsión, y en específico, la normativa referida a la

¹¹ Adoptamos en este trabajo la categorización de límites sustantivos y procesales realizada por Arlettaz, 2016, p. 14.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). párr. 124.

figura de la reconducción o devolución en la frontera. Este capítulo pretende dar a conocer al lector como se ha regulado la expulsión administrativa en la ley 21.325.

Y finalmente, en el tercer capítulo se analizará la nueva ley de extranjería y la aplicación por los tribunales superiores de justicia, a la luz de la normativa internacional de derechos humanos que Chile debe respetar, garantizar y promover. La estructura del capítulo se dividirá en el análisis por una parte del cumplimiento de las garantías sustantivas y procesales de la expulsión propiamente tal, y luego, el análisis del desarrollo de las garantías ya mencionadas en la reconducción o devolución inmediata. Este análisis nos permitirá responder en qué medida se cumplen las diversas garantías reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Capítulo 1. La expulsión en el derecho internacional de los derechos humanos

Los Estados tienen la potestad de generar políticas migratorias, y pueden sujetar la entrada de las personas extranjeras a ciertas condiciones, relacionadas con la libertad de circulación, residencia o el empleo¹³. Sin embargo, esta potestad no es absoluta, ya que debe cumplir con las obligaciones jurídicas internacionales derivadas de los tratados ratificados y vigentes en el Estado. Los tratados que contienen normas relacionadas con la expulsión incluyen el PIDCP en los artículos 12 y 13, la CADH en el artículo 22, y la Convención de Belém do Pará en el artículo 2. Además, los órganos encargados de interpretar y garantizar el cumplimiento de estos tratados también han establecido directrices importantes¹⁴.

Como correlato de esta potestad, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados, conforme al artículo 2 del Pacto”¹⁵.

Las normas internacionales de derechos humanos no solo protegen a las personas dentro del territorio de un Estado, sino también a aquellas bajo su poder o

¹³ Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 6.

¹⁴ En particular, se analizarán las Observaciones Generales N.º 15, 27 y 31 del Comité de Derechos Humanos; las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de marzo de 2018 y del 25 de mayo de 2018; y las Recomendaciones Generales N.º 38 y 32 de la CEDAW.

¹⁵ Id., párr. 2.

control efectivo, sin importar cómo se haya adquirido ese control¹⁶. Esto implica que las normas de derechos humanos tienen un alcance extraterritorial, obligando a los Estados a respetar y garantizar estos derechos incluso fuera de sus fronteras.

Este principio de extraterritorialidad es especialmente relevante en situaciones de devolución en la frontera o "devoluciones en caliente". Felipe Gonzales, Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, describe estas prácticas como:

“medidas adoptadas por los Estados, a menudo con la participación de terceros países o actores no estatales, que obligan sumariamente a los migrantes, incluidos los solicitantes de asilo, a retornar sin una evaluación individual previa de sus necesidades de protección, al país, territorio, o al mar, ya sean aguas territoriales o internacionales, desde donde intentaron cruzar o cruzaron una frontera internacional”¹⁷.

Estas prácticas a menudo ocurren fuera del territorio del Estado en cuestión. Por ejemplo, en la frontera entre España y Marruecos, se ha introducido el concepto de frontera "física" y frontera "operativa". Si los extranjeros solo cruzan la frontera física y no la operativa, se considera que no están en territorio español, permitiendo su devolución sin las garantías adecuadas¹⁸. En el contexto de la extraterritorialidad, estas medidas podrían constituir una violación de los derechos humanos.

Ahora bien, aunque los Estados pueden establecer condiciones de entrada para las personas extranjeras, en ciertas circunstancias, un extranjero puede solicitar protección bajo el derecho internacional en temas relacionados con el ingreso o la

¹⁶ Comité de Derechos Humanos (2004). Observación General N°31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, párr. 10.

¹⁷ ONU: Asamblea General de Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, (47º período de sesiones 21 de junio a 9 de julio de 2021). Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar, párr. 34,

¹⁸ Id., párr. 71.

estadía, cuando se consideran principios como la no discriminación, la prohibición de trato inhumano, el interés superior del niño y la protección de la familia¹⁹.

Por otro lado, los nacionales de un Estado tienen el derecho inalienable de ingresar a su propio país. Por lo tanto, las condiciones de entrada o residencia no pueden restringir este derecho. Así lo establece el artículo 22.5 de la CADH: "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo."

En la presente investigación, se buscará identificar, caracterizar y analizar las limitaciones a la expulsión de extranjeros reconocidas y desarrolladas por el derecho internacional derechos humanos. Según Fernando Arlettaz, estos límites se pueden dividir en dos grupos: garantías sustantivas y garantías procesales²⁰.

1. Garantías sustantivas

Estas garantías están relacionadas con situaciones de protección en las que se encuentran los extranjeros, las cuales prevalecen sobre la potestad del Estado de expulsarlos. En esencia, estas garantías justifican la no expulsión en casos concretos. Específicamente, se refieren a los principios de igualdad y no discriminación arbitraria, el principio de no devolución (*non refoulement*), la protección de la vida familiar y el interés superior del niño, niña o adolescente (en adelante, "NNA").

1.1 Igualdad y no discriminación

¹⁹ Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 5.

²⁰ Arlettaz, 2016, p. 14.

El principio de igualdad y no discriminación supone, por una parte, la igualdad ante la ley, reconocida en los artículos 26 del PIDCP y en el artículo 25 de la CADH, y la obligación de reconocer y proteger los derechos sin discriminación (artículo 1.1 CADH y 2.1 PIDCP).

La infracción del principio de no discriminación ocurre cuando un Estado no garantiza un derecho específico a causa de una discriminación, mientras que la violación del principio de igualdad ante la ley se da cuando una legislación interna establece una protección desigual.

Dicho lo anterior, la Corte IDH ha señalado que los Estados no pueden discriminar ni tolerar situaciones discriminatorias contra los migrantes. Sin embargo, los Estados pueden otorgar un trato diferente a los migrantes documentados en comparación con los indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre que este trato sea razonable, objetivo, proporcional y no vulnere los derechos humanos²¹.

En el caso *Nadege Dorman y otros vs. República Dominicana*, la Corte IDH determinó que el Estado vulneró el principio de igualdad y no discriminación debido a una discriminación de facto contra las víctimas por su condición de migrantes, lo que resultó en una marginalización de sus derechos según la CADH. Los hechos del caso son los siguientes: un grupo de 30 nacionales haitianos, incluyendo una mujer embarazada y un menor de edad, ingresó a territorio dominicano. El camión en el que viajaban no se detuvo en los puntos de control migratorio establecidos, lo que llevó a agentes estatales dominicanos a iniciar una persecución. Durante esta persecución, se disparó contra el camión en varias ocasiones, causando la muerte del copiloto. El camión volcó a la orilla de una carretera, resultando en la muerte de algunos migrantes tanto por el accidente como por los disparos. Los migrantes heridos fueron llevados a

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva 18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 119.

un hospital, donde no recibieron la atención médica adecuada. Posteriormente, algunos sobrevivientes fueron detenidos en un cuartel militar, donde fueron extorsionados para obtener dinero que les permitiera ser trasladados a la frontera. Este traslado se realizó esa misma tarde sin ningún procedimiento previo.

La Corte identificó que la discriminación contra los migrantes haitianos en este caso se debió a su especial vulnerabilidad, exacerbada por varios factores. Entre estos se encuentran la falta de medidas preventivas adecuadas en el control migratorio en la frontera terrestre con Haití, el uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza, y la realización de detenciones y expulsiones colectivas sin las debidas garantías procesales²². Este caso pone de manifiesto la necesidad urgente de asegurar procedimientos y respetuosos de los derechos humanos en el contexto migratorio, y resalta las deficiencias de trato de los migrantes que deben ser abordadas para cumplir con estándares internacionales.

En síntesis, la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación es determinante para que los procedimientos de expulsión sean justos y respeten los derechos humanos. Su observancia previene de abusos y asegura que todas las personas, independiente de su estatus migratorio reciban un trato acorde con su dignidad humana. Desde un punto de vista más sustancial, el apego a este principio exige que las decisiones sobre la expulsión de una persona no se tomen considerando cuestiones como su raza, orientación sexual, nacionalidad, entre otras.

1.2 Protección a la familia

²² Id., párr. 237.

Esta garantía está reconocida en el artículo 23.1 del PIDCP²³ y en el artículo 17.1 de la CADH²⁴. Para la Corte IDH el concepto de familia que protege la Convención, debe ser entendido de manera amplia, es decir, no solamente la familia tradicional matrimonial²⁵.

El Comité de Derechos Humanos ha resuelto que la medida de expulsión sería ilícita en la medida que implique una injerencia arbitraria en la vida familiar, y si se vulneran los derechos de la infancia protegidos por el artículo 23²⁶. Para determinar si la medida de expulsión es una injerencia arbitraria, Fernando Arlettaz señala que el Comité aplica un test de equilibrio ponderando por un lado la vida familiar, y por el otro el interés del Estado en expulsar al extranjero, de esta manera, mientras más cercanos sean los lazos familiares, más grave debe ser el interés del Estado de expulsarlo²⁷.

La Corte IDH por su parte, ha abordado casos en los que las familias incluyen a niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNA”), centrándose en la proporcionalidad de las medidas en relación con su interés superior. Este principio se considera prioritario en la toma de decisiones y es fundamental para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La protección de la familia, aunque es un argumento adicional en estos contextos, está respaldada y es reconocida por la Corte. Así, mientras el interés superior del NNA es el principal criterio evaluado, la protección familiar sigue siendo una garantía importante y protegida, pudiendo aplicarse en el futuro en casos en que no necesariamente exista NNA dentro del grupo familiar a proteger.

²³ Artículo 23.1 PIDCP: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

²⁴ Artículo 17.1 CADH: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, párr. 175.

²⁶ Arlettaz, 2016, p. 12.

²⁷ Id., p. 14.

1.3 Interés superior del niño, niña y adolescente

Este principio está relacionado con la protección familiar, pero el enfoque está puesto en el impacto que puede tener la expulsión de los familiares en el propio niño, niña o adolescente en particular, por eso se tratan en forma separada²⁸.

La Corte IDH, en su opinión consultiva del 21 de abril de 2014 sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, establece que los Estados deben verificar la constitución del núcleo familiar en cada caso. Este concepto no debe restringirse a la familia tradicional (pareja heterosexual e hijos), sino que debe ampliarse a parientes con lazos cercanos personales. Incluso pueden considerarse como parientes a adultos que, aunque no sean jurídicamente familiares, hayan acompañado a los menores en sus trayectorias migratorias²⁹.

La Corte señala que la separación de un niño o niña de su familia debe estar justificada por su interés superior, siendo estas separaciones excepcionales y, en lo posible, temporales. El derecho de NNA a la unidad familiar puede oponerse al interés del Estado de expulsar a un pariente. Para resolver esta contraposición, la medida de expulsión debe superar un test de proporcionalidad, que incluye:

1. Idoneidad: La medida debe perseguir un fin legítimo.
2. Necesidad: No debe existir otra medida igualmente efectiva para alcanzar el fin deseado y que sea menos gravosa para los derechos del menor.

²⁸ Molina, 2020, p. 311.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Opinión Consultiva 21/04: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 272.

3. Proporcionalidad en sentido estricto: La medida debe restringir en menor grado el derecho protegido y ajustarse estrechamente al logro del fin. La expulsión no debe implicar una injerencia abusiva o arbitraria en la vida familiar del menor³⁰.

Este análisis debe llevarse a cabo tomando en cuenta diversos criterios, entre los que se incluyen: (1) la historia inmigratoria, considerando los lazos de la familia con el país receptor; (2) la nacionalidad del niño; (3) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión; y (4) la magnitud de la perturbación en la vida diaria del niño o niña si se altera su situación familiar. De este modo, se ponderan estas circunstancias a la luz del interés superior del NNA, en relación con el interés público imperativo que se busca proteger³¹.

Finalmente, la Corte señala que en el caso de que el niño o niña tenga derecho a pertenecer en el Estado, ya sea porque tiene nacionalidad o tenga un permiso de residencia permanente en el Estado que busca expulsar a los progenitores, y estos solamente hayan infringido normas migratorias, la expulsión será desproporcionada y vulnerará los derechos del niño³².

La CEDAW, también desarrolla el derecho de las niñas víctimas de trata de personas no serán devueltas a su país de origen, salvo si lo aconsejare su interés superior y que se tomen medidas adecuadas para su protección³³.

1.4 *Non refoulement* o principio de no devolución

³⁰ Id. párr. 276 a 278.

³¹ Id. Párr. 279.

³² Id. párr. 280.

³³

Esta garantía está reconocida expresamente en el artículo 22.8 de la CADH³⁴ e implícitamente en el artículo 6 y 7 del PIDCP, así lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos³⁵.

El principio de no devolución actúa como un límite importante a la expulsión de extranjeros. Esta obligación impide a los Estados a expulsar a una persona si existe el riesgo de que su vida o integridad física se vea amenazada, o si puede ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes en el país de destino. Es importante distinguir este principio de la obligación de tramitar solicitudes de asilo y conceder dicho estatus cuando se cumplen las condiciones necesarias. El principio de no devolución se aplica universalmente, no solo a los solicitantes de asilo o a quienes ya han obtenido ese estatus. En este sentido, es una protección adicional para todos los extranjeros en riesgo de sufrir daños irreparables a sus derechos humanos.³⁶

La jurisprudencia del Comité señala que el riesgo debe ser personal y deben existir motivos muy serios para determinar que existe un riesgo real de daño irreparable. Este riesgo no necesariamente debe provenir del Estado hacia donde se le expulsa, sino que la obligación de no expulsar también existe cuando dicho riesgo proviene de agentes no estatales respecto de los cuales las autoridades sean incapaces de controlar³⁷.

³⁴ Artículo 22.8 CADH: “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”.

³⁵ “los Estados Parte están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente” Comité de Derechos Humanos (2004). Observación General N°31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, párr. 121

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Opinión Consultiva 25/18: La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección, párr. 186.

³⁷ Arlettaz, 2016, p. 10.

La evaluación de esta situación corresponde al Estado parte, no al Comité, salvo que se demuestre que la evaluación fue arbitraria o constituyó denegación de justicia³⁸. La CEDAW incluye como excepción a la evaluación de la existencia del riesgo por parte del Estado, cuando esta fue sesgada o basada en estereotipos de género perjudiciales³⁹.

La CEDAW considera que el compromiso de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y de velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen en conformidad con esta obligación, contenido en el artículo 2 d) de la Convención Belém do Pará, incluye la obligación de garantizar que ninguna mujer sea expulsada o devuelta a otro Estado en el que su vida, su integridad física, su libertad y su seguridad personal se verían amenazadas o en el que estarían en riesgo de ser objeto de graves formas de discriminación, incluidas formas graves de persecución o violencia por razón de género.

En el caso *Tahereh Mohammadi Bandboni y otros v. Suiza*, la CEDAW consideró que Suiza vulneró los artículos 1 a 3 de la Convención Belém do Pará al no evaluar correctamente el riesgo que sufriría Tahereh de sufrir una persecución por razón de género y violencia por motivos de honor, al ser ella una mujer musulmana chií persa que ha desobedecido la voluntad de su padre, ha “deshonrado” a la familia al quedarse embarazada fuera del matrimonio, situación con la que recibió golpes durante el embarazo, amenazada de muerte y presionada para abortar, además de haber concebido matrimonio religioso con el padre de su hijo, que no es aceptado por su familia por su etnia y confesión religiosa. Incluyendo que no se tomó en cuenta el contexto de discriminación institucionalizada contra las mujeres en la República Islámica de Irán⁴⁰.

³⁸ Comité de Derechos Humanos (2016), *A.A.S v. Dinamarca*, párr. 7.3.

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2023), *Tahereh Mohammadi Bandboni y otros v. Suiza*, párr. 7.5.

⁴⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2023), *Tahereh Mohammadi Bandboni y otros v. Suiza*, párr. 7.6.

Para evitar este tipo de situaciones, es fundamental que las evaluaciones que hagan los países antes de expulsar tomen en consideración las especiales situaciones de vulnerabilidad que pueden enfrentar las mujeres, como la violencia de género o la trata de personas, que pueden poner en grave riesgo su vida, integridad física y otros derechos fundamentales. También es crucial que la determinación de estos riesgos se realice sin recurrir estereotipos de género, asegurando un enfoque imparcial y basado en evidencias concretas.

En su recomendación N°38 referida a la trata de mujeres y niñas, la CEDAW también ha señalado que los Estados deben garantizar a las víctimas que no serán retornadas forzosamente a su lugar de origen cuando puedan sufrir persecución o violaciones del derecho a la vida o a la prohibición de tortura, y además extiende esta garantía cuando: “No es una solución apropiada y duradera para las víctimas, debido al temor de ser de nuevo objeto de trata o de sufrir estigmatización, amenazas, intimidación, violencia o represalias”⁴¹. De este modo, la obligación de los Estados es aún mayor cuando la decisión involucra a mujeres y niñas que han sido víctimas de trata de personas.

2. Garantías procesales

El artículo 13 del PIDCP establece varias garantías que deben observarse en la expulsión de un extranjero que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado. Estas garantías incluyen: la adopción de la decisión en conformidad con la ley, el derecho del extranjero a exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, el derecho a someter la decisión a revisión ante la autoridad competente, y el derecho a ser representado frente a dicha autoridad. Por su parte, la CADH, en su artículo 22

⁴¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2020). Recomendación General N°38: relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, párr. 89.

establece que un extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión conforme a la ley y prohíbe las expulsiones colectivas. Además, el artículo 8 de la CADH dispone garantías judiciales que deben aplicarse en la sustanciación de cualquier asunto, asegurando un proceso justo y equitativo.

Existen diferencias en la interpretación de las garantías procesales aplicables a la expulsión de extranjeros entre el Comité de Derechos Humanos y la Corte IDH. Para el Comité, las garantías procesales del artículo 13 del PIDCP se aplican únicamente a aquellos extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio del Estado parte. Esto significa que las políticas internas de entrada y estancia deben ser consideradas, y aquellos que no cumplan con sus disposiciones, ya sea porque entraron al territorio irregularmente o hayan permanecido más tiempo que el tiempo permitido por ley o el que indica su permiso, no están amparados por estas garantías⁴². Sin embargo, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión que devenga en expulsión debe también considerar las garantías del artículo 13 del Pacto⁴³.

En contraste, para la Corte IDH, el debido proceso legal debe aplicarse a todos los migrantes, sin importar su estatus migratorio:

“La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”⁴⁴.

⁴² Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 9.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva 18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párr. 123.

Esta interpretación es más inclusiva que la del Comité, a pesar de que los artículos de los respectivos tratados que regulan los aspectos procedimentales de la expulsión son similares y ambos indican que se aplican a los extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado parte.

La CEDAW también ha hecho referencia a las garantías procesales que deben tenerse en cuenta en el contexto de mujeres y niñas víctimas de trata de personas, señalando que se debe garantizar las garantías del debido proceso⁴⁵.

En síntesis, los tratados internacionales reconocen varias garantías procesales en materia de expulsión, tales como la adopción de decisiones conforme a la ley, la obligación de motivar dichas decisiones y la aplicación de las garantías del debido proceso.

2.1 Prohibición de expulsiones colectivas

Esta garantía está expresamente reconocida en el CADH en su artículo 22.9: “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”. La Corte IDH subraya que el carácter colectivo de la expulsión implica una decisión que no considere las circunstancias individuales de cada extranjero, lo que convierte la decisión en arbitraria⁴⁶. En este sentido, el criterio fundamental para determinar si una expulsión es colectiva, no es la cantidad de personas afectadas⁴⁷, sino si la justificación de la medida toma en cuenta las circunstancias individuales de cada persona expulsada.

Por su parte, el PIDCP señala esta garantía en su artículo 13, al otorgar a cada extranjero el derecho de que se tome una decisión en su propio caso.

⁴⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2020). Recomendación General N°38: relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, párr. 102.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso *Nadège Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 251, párr. 171.

⁴⁷ Id., párr 172.

2.2 Principio de legalidad y motivación del acto de expulsión

Para que la expulsión sea compatible con el derecho internacional, es necesario que esté basada en una causal previamente establecida en la ley. De acuerdo con Fernando Arlettaz: “[l]a lectura sistemática de este deber de motivar la expulsión con el principio de legalidad contenido en el Pacto lleva a la conclusión de que los motivos admisibles de expulsión han de estar previamente establecidos en la ley”⁴⁸.

El Comité ha desarrollado la garantía acerca de la fundamentación de la expulsión: “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”⁴⁹. Conforme con lo anterior, si es que el PIDCP impide que los Estados parte realicen expulsiones arbitrarias, significa que el acto debe estar motivado, expresando los fundamentos que justifican la decisión.

La Corte IDH en su jurisprudencia señala que la expulsión debe estar debidamente fundamentada en la ley, y que este principio es aplicable a cualquier extranjero, sin discriminación⁵⁰. Para que la medida se encuentre fundamentada no bastaría el mero listado de todas las normas que podrían ser aplicables en el caso concreto⁵¹, sino que debe contener los fundamentos que acrediten y motiven la necesidad de la medida, de acuerdo con los hechos del caso y las circunstancias personales del afectado⁵².

⁴⁸ Arlettaz, 2016, p. 17.

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 10.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 251, párr. 175.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos humanos (2010). Caso Velez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.218, párr. 116.

⁵² Id., párr. 118.

2.3 Reglas del debido proceso

Como ya se mencionó, la Corte IDH ha señalado que el debido proceso legal debe aplicarse a todos los extranjeros, sin distinción. Las garantías del debido proceso están detalladas en el artículo 8 de la CADH, que establece que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad en la ley para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

Y en el artículo 8.2 dispone garantías específicas, dentro de las cuales se encuentran:

- Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o interprete.
- Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
- Concesión de tiempo y medios adecuados para la defensa.
- Derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección.
- Derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.
- Derecho a interrogar a los testigos y obtener la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.
- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.
- Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

De acuerdo con la propia Corte IDH, estas garantías no deben aplicarse solamente en procesos judiciales propiamente tales, sino que las garantías del debido

proceso son plenamente aplicables en los procesos administrativos⁵³. Esto es crucial en los procedimientos de expulsión, en los cuales es la propia administración quien dicta las decisiones sobre la expulsión de un extranjero, permitiendo la posibilidad de recursos judiciales únicamente después de que se haya tomado la decisión administrativa.

Desde el punto de vista exclusivo de los actos de expulsión, la Corte IDH en el caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, definió que los Estados están obligados a entregar ciertas garantías mínimas a los extranjeros en los procedimientos de expulsión⁵⁴, a saber:

- (i) derecho a ser informados de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión, junto con la posibilidad de exponer sus razones, oponerse a los cargos en su contra y presentar pruebas;

Esta garantía está estrechamente vinculada con el principio de bilateralidad de la audiencia, constituyendo la piedra angular del debido proceso. Garantiza que el afectado tenga la oportunidad de una defensa efectiva que pueda influir en la decisión final del caso.

- (ii) derecho a la información sobre asistencia consular:

Este último aspecto ha sido desarrollado por la Corte IDH en su opinión consultiva del 1 de octubre de 1999 sobre el derecho a la información acerca de asistencia consular dentro del marco de las garantías del debido proceso legal. En esta opinión, se profundiza en la aplicación del debido proceso para personas detenidas en un país del que no son nacionales, destacando la importancia de la información sobre

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 72, párr. 124.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 251, párr. 175.

asistencia consular y el derecho a ser asistido por un traductor como elementos del debido proceso⁵⁵. Estas garantías son clave para reducir las desigualdades reales que puedan impedir o limitar la posibilidad de una defensa eficaz de los propios intereses. En el caso *Vélez Loor vs Panamá*, la Corte IDH profundiza en el derecho a asistencia consular dentro del marco de un procedimiento de expulsión, estableciendo que los funcionarios consulares tienen el derecho a visitar al extranjero en el lugar de detención y a organizar su defensa ante los tribunales. La Corte amplía esta garantía, señalando que no se limita únicamente a los casos de detención, sino que debe ser informada y aplicada también durante el procedimiento administrativo de expulsión⁵⁶. Esta forma de concebir la asistencia consular permite asegurar y hacer efectivos los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa.⁵⁷.

(iii) recibir asesoría legal gratuita:

La Corte IDH ha señalado que en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se puedan adoptar una decisión de deportación, expulsión o privación de libertad, es necesario tener un servicio público de defensa legal gratuita⁵⁸.

(iv) recibir traducción o interpretación en caso de ser necesario:

Esencial para asegurar el derecho a defensa, permitiendo que el extranjero comprenda los cargos, las pruebas, el procedimiento y los recursos disponibles. Sin esta información, sería muy difícil para una persona defenderse adecuadamente⁵⁹.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Opinión Consultiva OC-16/99: El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 120

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos humanos (2010). Caso Velez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.218, párr. 159.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Id., párr. 146.

⁵⁹ Lawson & Rodríguez, 2016, p. 228.

(v) someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin:

La Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs Panamá* dispuso, que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho a defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio a los intereses del justiciable⁶⁰. El tribunal competente para conocer del recurso debe reunir las características jurisdiccionales necesarias para legitimarse en la revisión del caso concreto⁶¹. Esto implica que el recurso debe ser evaluado por un tribunal que ejerza jurisdicción, y no simplemente por una instancia administrativa, subrayando la necesidad de una revisión judicial efectiva.

El Comité, por su parte, ha señalado respecto al debido proceso que el artículo 13 del PIDCP debe interpretarse a la luz del artículo 14 del mismo pacto, que contiene garantías procesales generales, y no exclusivamente relacionadas con la expulsión. De esta manera, se debe aplicar la igualdad de todas las personas ante las cortes y los tribunales, así como los principios de imparcialidad, equidad e igualdad de armas procesales⁶². Además, el artículo 13 establece que los extranjeros tienen derecho a interponer recursos contra de la expulsión y a que su caso sea revisado por la autoridad competente. La única excepción a estas garantías sería por razones imperiosas de seguridad nacional, por lo que deben aplicarse sin discriminación entre las diferentes categorías de extranjeros⁶³.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos humanos (2010). Caso Velez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.218., párr. 179.

⁶¹ Ibid.

⁶² Comité de Derechos Humanos (2007). Observación General N° 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, párr. 62.

⁶³ Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, párr. 10.

Capítulo 2. La expulsión administrativa en el ordenamiento jurídico chileno

La ley 21.325 contempla dos tipos de expulsión: la administrativa y la judicial. Esta última es una pena sustitutiva de la pena principal de privación de libertad, aplicándosele las reglas propias del derecho penal, por ello escapa del objeto de estudio, y solamente se profundizará en la expulsión administrativa.

La ley 21.325 por una parte, contiene una normativa sustantiva sobre la expulsión administrativa, incluyendo la definición legal, los principios fundamentales de protección, los derechos y obligaciones de los extranjeros, las causales de expulsión y las consideraciones que deben atender las autoridades administrativas. Por otra parte, regula las etapas del procedimiento administrativo de expulsión y las garantías procesales que se deben respetar.

Además, la expulsión tiene naturaleza jurídica de sanción administrativa, lo que implica que se apliquen ciertas garantías procesales y sustantivas propias del ius puniendi estatal, desarrollado por el Tribunal Constitucional⁶⁴.

En lo relativo a la reconducción o devolución inmediata, regulada en el artículo 131 de la ley 21.325, se verá en un subcapítulo por ser necesario profundizar en sus características propias, causales y procedimiento, las cuales difieren de la “expulsión propiamente tal”.

Durante este capítulo, se examinarán los criterios relevantes que ha desarrollado la Corte Suprema en sus fallos. La autoridad administrativa dicta las medidas de expulsión, las cuales pueden ser recurridas ante la Corte de Apelaciones para su control

⁶⁴ Molina, 2021, p. 269.

judicial. Las sentencias de la Corte de Apelaciones pueden ser, a su vez, apeladas ante la Corte Suprema. El análisis de la jurisprudencia se enfoca en el período comprendido entre enero de 2023 y enero de 2024, excluyendo las sentencias que tuvieron como base normativa el Decreto Ley 1094, resultando en un total de 19 fallos revisados.

1. La expulsión administrativa en la ley 21.325

1.1 Definición de la expulsión

La ley define que se entiende por expulsión, en su artículo 126: “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 autoridad competente para decretar la expulsión, de acuerdo con el artículo 134 del Decreto 296, reglamento de la ley 21.325 (en adelante “el reglamento”), son el Subsecretario del Interior o el director del Servicio Nacional de Migraciones (en adelante “SERMIG”), según corresponda.

Las causales de expulsión están contenidas en los artículos 127 y 128 (dependiendo de su condición migratoria), siendo imperativo de acuerdo con la propia definición que la conducta se encuadre en alguna de las causales establecidas en la ley.

1.2 Principios fundamentales de protección de la ley 21.325

Los principios establecidos en la ley 21.325 son relevantes a la hora de analizar la expulsión en la legislación chilena, en la medida en que al ser estos mandatos de

optimización⁶⁵ buscan tener aplicación general en materia migratoria. Para efectos del presente trabajo, se mencionarán solamente aquellos que pueden tener una mayor incidencia en las medidas de expulsión que puede decretar la autoridad administrativa, excluyéndose, de esta manera, los principios de integración e inclusión; migración segura, ordenada y regular; y el principio de valor de la migración para el Estado.

a. Promoción, respeto y garantía de derechos

El artículo 3 de la ley señala que “El Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria, incluidos los afectos a la ley N°20.430”. De acuerdo con Mayra Feddersen y Tomas Greene, “[l]a inclusión de este inciso incrementó la obligación que pesa sobre el Estado, al asumir una conducta activa de protección y no sólo de abstención”⁶⁶.

Esta declaración representa un avance significativo en la protección de los derechos humanos de los migrantes, considerando que el DL 1094, que regulaba las normas sobre extranjeros en Chile, no ofrecía una protección similar. Sin embargo, no se debe cometer el error de asumir que esta declaración garantiza completamente los derechos humanos de los migrantes. Existen dos razones principales para esta precaución: en primer lugar, pueden existir normas específicas en la ley 21.325 que contravengan las obligaciones de derechos humanos; en segundo lugar, es necesaria una conducta activa del Estado para proteger efectivamente estos derechos.

⁶⁵ “Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento, no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.” Alexy, 1993, p. 86-87.

⁶⁶ Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 22.

b. Igualdad y no discriminación

El artículo 3 inciso final señala expresamente este principio al indicar que “[e]l Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación.” Y se define la discriminación arbitraria en el artículo 1, N°7, como:

“[t]oda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos (...), en particular, cuando se funden en motivos como la raza o etnia, la nacionalidad, situación migratoria, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política (...), o cualquier otra condición social.”

En consecuencia, los actos de expulsión no pueden estar fundamentados en “categorías sospechosas”, definidas por Díaz de Valdés como: “aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos (...) y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria”⁶⁷.

La utilización de estos criterios para justificar una medida de expulsión obliga al juez a sospechar de una posible discriminación arbitraria, exigiéndole alcanzar un alto nivel de convencimiento de que la medida no es arbitraria⁶⁸.

En casos de expulsión, es especialmente relevante considerar las "categorías sospechosas", dado que los afectados por este tipo de medidas serán extranjeros, pudiendo ser discriminados por su nacionalidad, raza, categoría migratoria, u otras situaciones.

⁶⁷ Díaz de Valdés, 2018, p. 190.

⁶⁸ Id., p. 193.

c. Interés superior del niño, niña y adolescente

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente está reconocido en el artículo 4, que señala:

“El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales (...) Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que incurrieren en alguna infracción migratoria no estarán sujetos a las sanciones previstas en esta ley.”

La expulsión es una sanción prevista en la ley, por lo que niños, niñas y adolescentes no pueden ser expulsados por la autoridad administrativa⁶⁹. Además, el interés superior de los NNA es una consideración previa que se debe ponderar según dispone el artículo 129 N°6 de la ley, como se verá más adelante.

d. La migración irregular no es constitutiva de delito

La ley 21.325 señala en su artículo 9: “La migración irregular no es constitutiva de delito”. Esta disposición representa un cambio significativo respecto al D.L 1.094, cuyo artículo 69 penalizaba el ingreso o intento de ingreso clandestino al territorio del nacional por parte de extranjeros.

Esta medida apunta a la no “criminalización” de la migración. El concepto criminalización ha sido adoptado por la academia debido a la creciente conexión entre el derecho penal y el derecho migratorio, generando que las líneas divisorias entre estas

⁶⁹ “Esta norma es coherente con la prohibición del artículo 134 inciso 1º de la Ley N° 21.325 de someter a niños, niñas y adolescentes a restricciones o privaciones de libertad para la ejecución de una orden de expulsión, medida que, por cierto, tampoco les es aplicable”. Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 24.

ramas del derecho se viera cada vez más difuminado⁷⁰. Fenómeno que modifica la concepción del derecho migratorio como propio del derecho administrativo.

Gustavo de la Orden Bosch, sugiere distintas aproximaciones para estudiar el concepto. Una de ellas es la aproximación jurídica material de la criminalización que no se limita a una visión formalista basada en la clasificación jurídica de las normas como penales o no penales, sino que también considera los efectos derivados de una norma no penal. Esto implica que una norma puede criminalizar la migración cuando, en su aplicación y efectos, intervienen agentes de seguridad, policía o militares, o se implementan prácticas como deportaciones y detenciones, que generan consecuencias como severas restricciones de libertades y derechos, típicas del sistema penal.⁷¹.

Desde esta perspectiva, la ausencia de normas penales explícitas para castigar la migración no excluye la posibilidad de prácticas que puedan incluirse dentro del concepto de “criminalización de la migración”. Por ejemplo, la ley 21.325 permite la intervención de la policía de frontera en casos de reconducción o devolución inmediata, restringiendo el derecho a la libre circulación. Además, el artículo 134 autoriza la restricción y privación de libertad de los extranjeros en dependencias policiales durante la ejecución de medidas de expulsión, incluso cuando la causa de la expulsión sea la contravención de la ley de extranjería.

Estas conclusiones no implican necesariamente que tales medidas sean contrarias al derecho internacional, sino que encajan dentro del concepto de “criminalización de la migración”.

e. Procedimiento migratorio informado

⁷⁰ de la Orden Bosch, 2022, p. 150.

⁷¹ Id., p. 155.

El artículo 5 de la ley, en su inciso primero señala: “Es deber del Estado proporcionar a los extranjeros información íntegra, oportuna y eficaz acerca de sus derechos y deberes, los requisitos y procedimientos para su admisión, estadía y egreso del país, y cualquier otra información relevante, en idiomas español, inglés y lenguaje de señas.”

Según Mayra Feddersen y Tomas Greene, “[l]a exigencia que impone la norma es que la información sea íntegra, es decir, completa y suficiente; que se entregue de forma oportuna, vale decir, con una antelación razonable antes de que se deba utilizar; y eficaz, que su conocimiento sea útil para quien la reciba”⁷².

En los casos de expulsión se esta información se hace del todo relevante, considerando que es la sanción máxima que puede disponer la autoridad migratoria, afectando la libertad de circulación de las personas.

f. Protección complementaria

El artículo 10 consagra la protección a aquellos solicitantes de refugio a quienes no se les reconozca tal calidad. Esta protección podrá otorgarse de oficio o a petición de parte, por la autoridad dispuesta en la ley 20.430. La protección complementaria impide la expulsión o devolución de un extranjero al país donde su derecho a la vida, integridad física o libertad personal corran riesgo de ser vulnerados.

Los requisitos para someterse a este estatuto, según la Política Nacional de Migración y Extranjería, son:

1. Haber sido solicitante de asilo sin que se le reconociera tal calidad.

⁷² Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 29.

2. Justificar suficientemente que, de regresar a su país de nacionalidad, su vida, integridad física y/o libertad personal corren grave riesgo, en atención a haber sido víctimas de violencia intrafamiliar o violencia basada en género u orientación sexual⁷³.

La norma es bastante restringida. Los requisitos planteados son similares a los establecidos por la ley 20.430 para el reconocimiento de la calidad de refugiado, y simplemente especifica una situación que podría estar contenida en el estatuto de refugiados. Además, en ambos regímenes de protección, la facultad de determinar su aplicabilidad recae en la misma autoridad, lo que dificulta su aplicación práctica.

g. Interpretación armónica y principio *pro homine*

La ley, en sus artículos 11 y 12, establece directrices para la interpretación de sus normas, lo cual tiene implicaciones significativas para la autoridad administrativa y judicial en la aplicación de sanciones. El artículo 11 establece que la interpretación debe ser conforme a la Constitución y a las normas internacionales de derechos humanos. El artículo 12 consagra el principio *pro homine*, indicando que los derechos reconocidos deben interpretarse extensivamente, mientras que la restricción o suspensión de estos debe interpretarse de manera restrictiva.

Ambas reglas son cruciales para la interpretación de las normas relativas a la expulsión, ya que la expulsión es la medida que restringe en mayor medida los derechos de los migrantes.

1.3 Causales de expulsión

⁷³ Gobierno de Chile, Política Nacional de Migración y Extranjería, 25 de enero de 2024, p.25.

Como ya fue mencionado, el acto de expulsión solo puede ser decretado cuando el extranjero incurre en alguna de las causales establecidas en la ley.

La ley considera dos grupos de causales según la condición migratoria en que se encuentre el extranjero. El artículo 127 establece las causales para los extranjeros que son titulares de un permiso de permanencia transitoria y para aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país, exceptuando los casos de los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la comisión de un delito o sean requeridos o deban permanecer en el país por orden de los tribunales de justicia chilenos. Mientras que el artículo 128 establece las causales de expulsión para los extranjeros que sean titulares de un permiso de residencia.

El permiso de permanencia transitoria se otorga a los extranjeros que ingresan al país sin intenciones de establecerse en él. Por su parte, el permiso de residencia se divide en tres subcategorías: el permiso de residencia temporal, entregado a aquellos que buscan establecerse en Chile por tiempo limitado; el permiso de residencia oficial, otorgado a los extranjeros que se encuentran en misión oficial reconocido por Chile; y el permiso de residencia definitiva, que habilita a los extranjeros a radicarse indefinidamente en Chile.

- a. Causales en caso de tener un permiso de permanencia transitoria y para aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país

La primera causal señalada por el artículo 127 es que un extranjero ingrese al país a pesar de que se configurara a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en el artículo 32, exceptuando el numeral 2 referido a la prohibición por padecer enfermedades que la autoridad sanitaria considere como causal de

impedimento de ingreso a Chile. El fundamento de esta primera causal según Mayra Feddersen y Tomas Greene es “cautelar el orden externo e interno y que se cumpla con la regulación migratoria”⁷⁴.

El artículo 32 señala ciertas prohibiciones de ingreso imperativas para la administración, que pueden ser categorizadas en tres grupos: prohibiciones basadas en la existencia de antecedentes penales, prohibiciones basadas en motivos sanitarios y prohibiciones basadas en el incumplimiento de la normativa migratoria⁷⁵. Sin embargo, el segundo grupo no es importante para efectos de nuestra investigación, al ser excluida expresamente como causal.

En el primer grupo se encontrarían los numerales 1, 5, 6, y 9 en los cuales se prohíbe el de ingreso de extranjeros que hayan cometido delitos o estén en calidad de imputados en Chile; hayan cometido ciertos tipos de delitos en el extranjero o que con sus acciones pongan en riesgo a la comunidad internacional.

En el grupo del incumplimiento de la normativa migratoria se encontrarían los numerales 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 (quienes ya tienen una resolución de prohibición de ingreso, abandono o expulsión firme y ejecutoriada, que esté vigente y la medida no haya sido revocada), 8 (no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en la ley, reglamento o decretos que fijan las categorías migratorias). Estas prohibiciones de ingreso y que se configuran como causales de expulsión dicen relación con el incumplimiento de la normativa migratoria para ingresar y mantenerse en el país de manera regular.

⁷⁴ Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 98.

⁷⁵ Categorización realizada por Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 90.

La segunda causal de expulsión contenida en el artículo 127 señala: “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”. Esta causal se relaciona con la anterior, pero ya no es haber ingresado no obstante concurrir una prohibición de ingreso imperativa, sino que se incurra en esta durante su permanencia en el país.

La tercera causal de expulsión hace referencia al incumplimiento a la orden de abandono del país contemplada en el artículo 91. Este artículo señala que a todos los extranjeros que se les rechace o revoque un permiso de residencia o de permanencia, se les deberá fijar un plazo, no menor a 5 días, para que abandone el país. Si no se hace abandono del país en este plazo, se configuraría esta causal de expulsión.

La cuarta causal se configura cuando los extranjeros se mantienen en territorio nacional no obstante haber vencido su permiso de residencia transitoria. Esta causal merece una crítica, puesto que la ley considera la permanencia en el país con un permiso vencido como una infracción menor, pero a la vez es una causal de expulsión, que es la sanción más grave considerada en la ley⁷⁶.

La quinta causal se da cuando se reincide en la conducta de ejercer actividades remuneradas sin tener autorización o estar habilitado para ello, habiendo sido sancionado por esta misma conducta. El termino reincidencia es definido por el reglamento en el inciso segundo del artículo 135, N°5: “Se entenderá como reincidencia para estos efectos, el que el extranjero de que se trate haya sido sancionado previamente por esta misma conducta, mediante un acto administrativo firme”. Por lo que es necesario un acto administrativo previo que sancione esta conducta, dejando de lado otras formas de probar esta conducta previa para que se configure la reincidencia, y con ello la causal.

⁷⁶ Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 87.

El numeral 6 del artículo 127 establece como causal “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.” Esta causal fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad preventiva, con el fundamento de que la conducta descrita era amplia, arbitraria y desproporcionada⁷⁷. El Tribunal Constitucional consideró que la conducta descrita es clara, ya que no existe indeterminación en sus conceptos, y no sería desproporcionada al discriminar por nacionalidad, al ser aplicable a cualquier extranjero que realice los hechos que señala la causal, sin importar su nacionalidad⁷⁸.

Ahora bien, de la redacción del artículo pareciera que la causal de expulsión puede darse no solamente en un contexto de un trámite o procedimiento migratorio, sino que, por cualquier tipo de gestión ante las autoridades chilenas, lo que podría alejarse de los fines de la expulsión y devenir la causal en desproporcionada.

b. Causales de expulsión del país para titulares de un permiso de residencia

Estas son señaladas por el artículo 128 de la ley 21.325 en sus cuatro numerales. La causal contenida en el primer numeral hace referencia a aquellos que ingresen al país no obstante configurarse una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en los numerales 1 (participar o financiar grupos terroristas, encontrarse registrados en la INTERPOL o haber ejecutado hechos que las leyes chilenas las califiquen de delito contra la seguridad exterior) u 8 del artículo 32 (no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en la ley, reglamento o decretos que fijan las categorías migratorias).

⁷⁷ Id., p. 98.

⁷⁸ TC Rol 9930-20, 29-01-2021 Considerando Nonagésimo Segundo.

La segunda causal también hace referencia al artículo 32, pero en este caso es incurrir durante la residencia en los actos u omisiones señalados en sus numerales 1, 5 u 8, ya analizados anteriormente.

La tercera causal de expulsión sucede cuando se incumple la orden de abandono regulada en el artículo 91.

La cuarta causal es que se mantengan en Chile no obstante haber vencido su permiso de residencia sin haber solicitado su renovación en un plazo de 9 meses con excepción de aquellos que cuentan con un permiso de residencia oficial, que son competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores. Además, la ley señala que, si por caso fortuito o fuerza mayor el extranjero no pudo realizar la renovación, no se configura la causal.

1.4 Consideraciones previas a dictar una medida de expulsión

La ley 21.325 incluyó ciertos elementos que la autoridad migratoria debe tomar en cuenta previamente a dictar una medida de expulsión, detallados en su artículo 129. Esta disposición garantiza que las decisiones de la administración estén fundamentadas y ponderadas según criterios específicos, reduciendo así la posibilidad de discrecionalidad.

Además, al existir el deber de tener en cuenta estas consideraciones, no basta con que se cumpla alguna de las causales establecidas en la ley para proceder a la expulsión; es necesario analizar si la sanción es proporcional a los hechos que justifican la causal.

El artículo 129 señala:

“Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión.
2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener.
3. La reiteración de infracciones migratorias.
4. El período de residencia regular en Chile.
5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.
6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.
7. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional.”

Estas consideraciones, por un lado, ponderan la gravedad de la conducta y la peligrosidad del sujeto para la sociedad, basándose en su historial delictual y la reiteración de infracciones migratorias. Por otro lado, evalúan el arraigo del individuo en Chile, sus lazos familiares y sus contribuciones al país.

Para decidir finalmente sobre la expulsión de un extranjero, se debe llevar a cabo una tarea argumentativa que recae, en primer lugar, en la autoridad administrativa durante el procedimiento administrativo, y posteriormente, en los tribunales superiores de justicia, quienes ejercen el control judicial. De ahí la importancia de analizar cómo la jurisprudencia ha ponderado estos criterios, lo cual se examinará a continuación.

- Jurisprudencia relevante:
 - a. Comisión de delitos vs arraigo familiar e interés superior del niño, niña y adolescente.

En estos casos, los extranjeros, al haber sido condenados por alguno de los delitos contenidos en el artículo 32, se configuran las causales del artículo 127 N°1 y 2, y 128 N°1 y 2, dependiendo de la naturaleza de su permiso para la estadía en el territorio y de si el delito fue cometido antes o después de su ingreso al país. Además, se encuentran en una situación de arraigo familiar, ya sea porque tienen hijos, una relación matrimonial o de convivencia civil, u otro tipo de parientes en territorio chileno. Estas situaciones corresponden a 16 de las 19 sentencias analizadas.

La Corte Suprema realiza un juicio de legalidad y proporcionalidad de la medida, ponderando el bien jurídico de seguridad y salubridad pública, por un lado, y la protección familiar por el otro. En todos los fallos analizados, la Corte Suprema consideró legales y proporcionales los actos de expulsión, sin importar la gravedad del delito ni la estrechez de los lazos familiares de los afectados por la medida de expulsión.

Un ejemplo ilustrativo es el fallo 68.296-2023, en el cual la pena asociada al delito cometido es la de menor entidad, respecto a las demás sentencias revisadas. En este fallo, se mantuvo la decisión del SERMIG de expulsar a una mujer colombiana condenada en Chile a 61 días de presidio menor en su grado mínimo por tráfico de estupefacientes en pequeñas cantidades. La reclamante está casada con un chileno y tiene dos hijos de nacionalidad colombiana, una de 18 años y otra de 12, ambas insertas en el sistema educativo nacional.

En primera instancia la Corte de Apelaciones de Valdivia consideró que el acto era desproporcionado debido a la menor gravedad del delito y al hecho de que la reclamante no había vuelto a cometer delitos⁷⁹. Además, la Corte señaló que el acto

⁷⁹ C. de Valdivia, rol: 2-2023, 12-04-2023, c. 12.

vulneraba los derechos humanos de los hijos de la reclamante al disgregar el núcleo familiar, considerando el interés superior del niño, niña y adolescente.

Sin embargo, la Corte Suprema al conocer del recurso de apelación interpuesto por el SERMIG, revoca la sentencia con los siguientes argumentos:

“Sexto: Que, en cuanto a la alegación vinculada al arraigo familiar, a juicio de esta Corte, éste carece de la entidad suficiente para constituir un impedimento o excepción para que la autoridad pública ejerza sus potestades legales. En este orden de ideas, se debe ser enfático en señalar que el arraigo que puedan tener en nuestro país los hijos de la actora, de nacionalidad colombiana, no puede ser una excusa para soslayar normas específicas dispuestas en nuestro ordenamiento jurídico en aras de la protección de un bien jurídico colectivo, como lo es la seguridad y salubridad pública”.

La sentencia es criticable por no realizar un examen de proporcionalidad que permita determinar si el arraigo familiar de la actora tiene suficiente entidad para impedir su expulsión. La Corte Suprema no pondera de manera adecuada los bienes jurídicos en conflicto. Tanto el legislador como el tribunal penal competente consideran que la conducta de la actora merece un reproche menor, lo que sugiere que su presencia no representa un peligro significativo para la seguridad y salubridad pública.

La expulsión, por otra parte, es una medida que restringe de manera grave la libertad ambulatoria de la reclamante, al impedirle permanecer en el país. Esta medida también lesiona el derecho a la protección de la familia y el interés superior de los niños, al separar a una madre de su núcleo familiar compuesto por dos menores de edad. Finalmente, la desproporcionalidad de la sanción se evidencia en que, a pesar de ser una medida que restringe gravemente derechos fundamentales, la conducta sancionada no ha causado un daño significativo al bien jurídico protegido.

Los argumentos de la Corte Suprema en este fallo, coincide con los que realiza en los demás fallos analizados⁸⁰.

b. Ingresos por pasos no habilitados

Durante el período de análisis de las sentencias, la Corte Suprema falló solo en un recurso de apelación en el cual la causal de expulsión fue el ingreso por pasos no habilitados, por lo que sus conclusiones no pueden generalizarse.

En este caso, el SERMIG decretó la medida de expulsión contra una ciudadana venezolana por haber ingresado por un paso no habilitado. La reclamante tiene un conviviente civil chileno, reside con su pareja en la ciudad de Copiapó, no posee antecedentes penales en Venezuela, y en Chile estuvo formalizada por el delito de amenazas, pero fue sobreseída definitivamente, extinguiéndose su responsabilidad penal. Además, se encontraba embarazada de 8 semanas.⁸¹.

La Corte Suprema consideró que el acto de expulsión era desproporcionado, ya que el SERMIG no tomó en cuenta las circunstancias personales de manera adecuada. Señaló que el artículo 1 de la Carta Fundamental dispone que la familia es el núcleo esencial de la sociedad, que la unidad familiar es un derecho recogido y protegido por el artículo 19 de la ley 21.325 al reconocer la reunificación familiar, y que el artículo 19 N°1 de la Constitución protege la vida del que está por nacer. En base a estos argumentos, la Corte revocó el acto de expulsión, considerándolo desproporcionado.

1.5 Prohibición de expulsiones colectivas

⁸⁰ C.S, rol: 276-2024; 217.490-2023, 124.622-2023, 217.481-2023, 217.700-2023, etc.

⁸¹ C.S, rol: 242.855-2023, 8/1/2024, c. 5.

La ley prohíbe en su artículo 130 la expulsión colectiva de migrantes, estipulando que cada caso debe ser analizado y decidido de forma individual. El reglamento en el artículo 138 aclara que no se considerará expulsión colectiva la mera pluralidad en la ejecución de expulsiones individuales, siempre que se haya analizado y resuelto cada caso con base en procedimientos administrativos que consideren la situación particular de cada extranjero involucrado.

1.6 Procedimiento de expulsión

La medida de expulsión administrativa puede ser decretada por el director general del SERMIG mediante resolución fundada, y este podrá designar las regiones del país donde las medidas de expulsión de titulares de permanencia transitoria serán impuestas por los Directores Regionales respectivos. Excepcionalmente, en casos debidamente calificados y fundados en razones de seguridad interior o exterior, el Subsecretario del Interior podrá disponer la medida de expulsión de extranjeros mediante resolución fundada.

El procedimiento de expulsión varía según si el extranjero fue parte, previamente, de un procedimiento de rechazo o revocación de un permiso de residencia o permanencia contenido en el artículo 91 de la ley. Si el extranjero ya fue parte de este procedimiento y tiene una medida de abandono del país no cumplida, se entiende que ya hizo sus descargos y fue escuchado, por lo que no será necesario dar traslado, permitiendo a la autoridad emitir directamente el acto que decreta su expulsión⁸². En cambio, si el extranjero no fue sometido a este procedimiento, no habrá sido notificado ni habrá tenido oportunidad de hacer sus descargos, por lo que, previo a la dictación de la medida, deberá ser notificado personalmente o por carta certificada.

⁸² Mayra Feddersen & Greene, p. 158.

Notificado, tendrá un plazo de diez días para presentar sus descargos respecto a la causal invocada.

Una vez decretada la medida de expulsión, esta puede ser revocada o suspendida temporalmente en cualquier momento por la autoridad que la dictó. Sin embargo, esta facultad no aplica cuando la medida es dictada contra extranjeros condenados por sentencia firme y ejecutoriada por alguno de los delitos contenidos en el artículo 32 numeral 5.

La ejecución de una medida de expulsión solo puede realizarse una vez que esté firme y ejecutoriada, pudiendo someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad por un máximo de cinco días. Esta privación de libertad solo puede practicarse en el domicilio del afectado o en las dependencias de la policía habilitadas especialmente para este propósito. La ley específica que estas privaciones de libertad no se aplicarán a niños, niñas o adolescentes.

El artículo 135 de la ley establece que la medida de expulsión no puede ejecutarse contra aquellos extranjeros que estén impedidos de salir de Chile por orden de tribunales de justicia chilenos, ni contra aquellos que se encuentren bajo la custodia de Gendarmería.

1.7 Recursos contra la medida de expulsión

La ley en su artículo 139 excluye expresamente la posibilidad de interponer los recursos administrativos establecidos en la ley 19.880 (recurso de reposición, recurso jerárquico y recurso de revisión⁸³) cuando se trate de una medida de expulsión, exceptuando aquellas dictadas por el Subsecretario del Interior, que sí permite la

⁸³ Harris Moya, 2022, p. 217.

interposición del recurso de reposición, de acuerdo con el artículo 149, inciso segundo, del reglamento.

La ley establece un recurso judicial ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, que puede ser interpuesto por el afectado o por cualquier persona en su nombre, dentro del plazo de 10 días corridos contados desde la notificación de la resolución respectiva. Para efectos de este recurso, los afectados por la medida de expulsión tendrán derecho a asistencia jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales.⁸⁴.

En el proyecto de ley, se establecía que este recurso judicial sería en “única instancia, en cuenta”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional esta frase porque afectaría el derecho al debido proceso⁸⁵, aunque no se estableció expresamente la posibilidad de interponer un recurso de apelación respecto a las sentencias de las Cortes de Apelaciones. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado posteriormente en diversos recursos que:

“es impugnabile a través de un recurso de apelación, toda vez que aquello que fue declarado inconstitucional es el conocimiento en “única instancia”, ergo, la eliminación de tal frase no puede sino significar que se entiende que procede la revisión por un tribunal de segunda instancia a través del recurso que permite, sin necesidad de esgrimir una causal específica, la revisión amplia de cuestiones de hecho y de derecho”⁸⁶.

Por lo tanto, la vía judicial establecida en el artículo 141 de la ley permite interponer el recurso de apelación ante la Corte Suprema.

⁸⁴ Artículo 141 de la ley 21.325.

⁸⁵ Tribunal Constitucional, Rol 9939-20, 1/4/2021, C. Cuadragésimo tercero.

⁸⁶ C.S. rol: 167.478-2023; 147.438-2023; 147.439-2023, todas del 18/7/2023, C.5.

La sola interposición del recurso judicial suspende la ejecución de la medida de expulsión⁸⁷. Sin embargo, el tribunal que conoce del recurso puede establecer ciertas medidas de control para garantizar la ejecución de la medida, que en ningún caso pueden ser privativas o restrictivas de la libertad personal⁸⁸.

Esta configuración normativa acerca de los recursos judiciales contra de la medida de expulsión es un claro avance sobre lo que señalaba el (DL) 1094, donde se establecía un recurso de reclamación ante la Corte Suprema que debía ser fundado, contaba con un plazo de apenas 24 horas, y solo podía interponerse contra decisiones dictadas por el Ministerio del Interior, mientras que la mayoría de las órdenes de expulsión eran decididas por el Intendente Regional⁸⁹. Esto conllevó a que el recurso fuera casi inutilizado por los afectados por las medidas de expulsión⁹⁰.

2. La expulsión como parte de la potestad sancionadora de la administración

La naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros puede categorizarse en dos tipos. En primer lugar, la expulsión como pena sustitutiva a la privación de libertad, aplicada a extranjeros en caso de condena por responsabilidad penal, de acuerdo con las normas contenidas en la ley 18.216, lo que le otorga una naturaleza penal. En segundo lugar, la expulsión tiene naturaleza administrativa, y constituye una sanción administrativa⁹¹.

De acuerdo con Diego Molina las sanciones administrativas son un acto desfavorable que adopta la administración del Estado cuando un sujeto incumple

⁸⁷ Artículo 141 de la ley 21.325.

⁸⁸ Artículo 142 de la ley 21.325.

⁸⁹ Lawson & Rodríguez, 2016, p. 225.

⁹⁰ Id., 2016, p. 226.

⁹¹ Molina, 2021, p. 269.

deberes, obligaciones o prohibiciones, justificando así su naturaleza castigadora o retributiva⁹².

La expulsión administrativa requiere que se constituya alguna de las causales ya revisadas, es decir, que exista un incumplimiento a deberes, obligaciones o prohibiciones que el Estado sanciona con la expulsión del territorio. En este sentido, la expulsión administrativa se enmarca en la potestad sancionadora de la administración.

Debido a su naturaleza jurídica, la expulsión administrativa está sujeta a las garantías propias del derecho penal, aunque con ciertas matizaciones específicas⁹³. Esto incluye principios como la legalidad, la tipicidad, la irretroactividad, la culpabilidad, la proporcionalidad, la personalidad, el non bis in idem y la prescriptibilidad. También se debe garantizar la existencia de un procedimiento previo que sea legal, justo y racional, lo que abarca el derecho a la defensa jurídica, la presunción de inocencia y el acceso a la justicia⁹⁴.

Cabe destacar que el principio de legalidad ha sido analizado en secciones anteriores. Por lo tanto, para efectos de este análisis, nos centraremos en algunos de los principios que considero más fundamentales en el contexto de la expulsión administrativa: la proporcionalidad y la prescriptibilidad.

a. Principio de proporcionalidad

⁹² Molina, 2021, p. 270.

⁹³ En este sentido “si bien las infracciones administrativas son sancionadas por el Estado en el ejercicio del derecho punitivo, la reacción de este no podía tener las mismas consecuencias que las que impone el Derecho Penal rodeando su imposición con las mismas garantías de aquel y en tal sentido se explica el vocablo matizado que la judicatura emplea”. Cordero Vega, 2020, p. 248

⁹⁴ Molina, 2021, p. 270.

Este principio supone en materia de sanciones o penas de acuerdo con Enrique Navarro una: “relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal”⁹⁵.

En este contexto, una sanción es proporcional únicamente cuando cumple con los siguientes criterios:

1. Idoneidad: La sanción debe buscar un fin legítimo.
2. Necesidad: No deben existir otras alternativas que logren el mismo fin con un menor sacrificio para los derechos de los ciudadanos infractores.
3. Proporcionalidad en sentido estricto: El restablecimiento del derecho debe compensar el sacrificio infligido con la sanción⁹⁶.

Estos criterios permiten que las expulsiones no sean excesivas ni innecesarias en relación con los hechos que fundamenten la causal. En casos de causales de menor gravedad, los demás elementos del artículo 129 podrían tener un mayor peso al determinar la sanción, evitando que esta resulte desproporcionada.

b. Principio de prescriptibilidad

La prescripción es una forma extinción de la responsabilidad administrativa o infraccional en la que ha incurrido una persona por el transcurso del tiempo⁹⁷. La Ley 21.325 no establece un plazo de prescripción para dictar medidas de expulsión, lo cual es un problema común en el derecho administrativo sancionador. No obstante, este vacío legal no puede interpretarse como imprescriptibilidad de la responsabilidad administrativa. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido en diversas ocasiones

⁹⁵ Navarro Beltrán, 2017, p. 73.

⁹⁶ Bermúdez, 2014, p. 290.

⁹⁷ Cordero, 2020, p. 362.

que la prescriptibilidad es una institución que informa todo el ordenamiento jurídico, otorgando estabilidad y seguridad a las relaciones jurídicas para que no se prolonguen indefinidamente⁹⁸.

La Corte Suprema reconociendo la prescriptibilidad de las sanciones administrativas ha variado su jurisprudencia respecto al plazo que sería aplicable. En algunas sentencias ha considerado que la regla supletoria sería el artículo 94 del Código Penal, aplicando un plazo de 6 meses. Y en otras, integró el derecho recurriendo a la regla general del Código Civil, en su calidad de derecho común, y, por lo tanto, el plazo de prescripción sería de 5 años⁹⁹.

Sin embargo, en relación con la prescriptibilidad de la expulsión administrativa, la Corte Suprema, al reconocer el vacío legal, no ha realizado un ejercicio de integración de la ley. Contrariamente a su jurisprudencia anterior, ha declarado que, al no existir un plazo de prescripción en la Ley 21.325, no existe un límite temporal para que la autoridad administrativa dicte el acto de expulsión: “la facultad de expulsión se encuentra expresamente establecida en el artículo 126 de la ley 21.325 (...) y no contempla dentro de las consideraciones especiales del artículo 129, o en otra norma, un plazo para que dicha autoridad pueda hacer efectiva dicha medida”¹⁰⁰.

Esta interpretación infringe el principio de prescriptibilidad y los principios aplicables a la potestad sancionadora de la administración que la propia Corte Suprema ha desarrollado, afectando la seguridad jurídica y el control a que la sanción sea oportuna.

Además de la aplicabilidad de estos principios propios del derecho penal, la expulsión es un acto administrativo, y por ello las medidas de expulsión deben cumplir

⁹⁸ Id., p. 361.

⁹⁹ Cordero, 2014, p. 429.

¹⁰⁰ C. de Puerto Montt, rol: 22-2023, 24/8/2023, c.8. Confirmada: C.S., rol: 217700-2023, 21/9/2023

con la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado¹⁰¹. Esta normativa, en su artículo 4, especifica principios como la escrituración, gratuidad, celeridad, conclusión, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. Estos principios son fundamentales para asegurar que el proceso administrativo se lleve a cabo de acuerdo con las normas del debido proceso administrativo, garantizando así que el procedimiento sea rápido y eficaz.

3. Reconducción o devolución inmediata

Para Mayra Feddersen y Tomas Greene, la reconducción o devolución inmediata es “una especie de expulsión administrativa que se ejecuta sin necesidad de que el Servicio Nacional de Migraciones emita y notifique una resolución que la decrete”¹⁰².

El artículo 131 permite 1) reembarcar de inmediato o devolver a su país de origen o de procedencia en el más breve plazo, a los extranjeros que ingresen al territorio del país con una orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso que se encuentre vigente, sin necesidad de que se dicte una nueva resolución y, 2) reembarcar o reconducir a la frontera, previa acreditación de su identidad, al extranjero que sea sorprendido por la autoridad contralora intentando ingresar al territorio nacional eludiendo el control migratorio, ya sea por pasos no habilitados o no, o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona. Mediante la ley 21.655 se agregó una modificación del artículo 131, y agregó

¹⁰¹ Artículo 1 inciso 3 ley 19.880: “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter supletorio”.

¹⁰² Mayra Feddersen & Greene, 2023, p. 99.

otra situación en la que se podría reembarcar o reconducir al extranjero “que se haya internado al territorio nacional hasta 10 kilómetros del límite fronterizo terrestre o dentro del mar territorial”.

El primer grupo de casos señalados por el artículo 131, fue requerido de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, por considerar que atentaba contra los principios de igualdad y no discriminación, y al derecho a un debido proceso, al permitir que la autoridad migratoria pueda afectar el derecho a la libertad ambulatoria, sin la obligación de dar razones de por qué expulsa nuevamente al afectado¹⁰³. El Tribunal Constitucional frente a esta argumentación, considera que la norma no infringe la normativa constitucional al tratarse de la ejecución de una medida tomada con anterioridad, que ya fue tramitada conforme a las reglas de un debido proceso, de esta manera no habría vulneración de derechos¹⁰⁴. Sin embargo, la norma impugnada fue considerada inconstitucional por el Ministro Gonzalo García y la Ministra María Pía Silva en el voto disidente, fundamentando que la medida permite la limitación de la libertad personal por una decisión administrativa, sin control judicial previo¹⁰⁵.

La Corte Suprema en el informe acerca del proyecto de ley también se mostró contraria a esta forma de reconducción o devolución inmediata: “la regla que permite reclamar en contra de la medida sólo una vez que el afectado haya sido devuelto a su país de origen (...) dificulta la revisión administrativa o judicial de la misma”¹⁰⁶.

Después de evaluar ambas posturas, considero que es imperativo mantener un control judicial sobre estas medidas, especialmente dada la amplitud de la norma que permite su aplicación por la autoridad fronteriza en sitios alejados, e incluso ya una vez el extranjero se adentró territorio nacional. La posibilidad de arbitrariedades y

¹⁰³ T.C., rol: 9930-20, 20/1/2021, C. Nonagésimo tercero.

¹⁰⁴ Id., C Nonagésimo cuarto.

¹⁰⁵ T.C., rol: 9930-20, 20/1/2021, Voto disidente, C. 34.

¹⁰⁶ C.S. Oficio 149-2020, de 17-08-2020.

abusos, así como el potencial impacto sobre derechos fundamentales, hace que el control judicial sea indispensable para garantizar un equilibrio adecuado entre la ejecución de políticas migratorias y la protección de los derechos humanos. El control judicial no solo proporciona una garantía esencial contra decisiones arbitrarias y excesivas, sino que también asegura que cada caso sea evaluado de manera justa, con el debido respeto a los derechos del individuo y en consonancia con los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

El inciso cuarto, del artículo 131 de la ley, establece ciertos derechos de las personas que se encuentren en la frontera en situación de ser reconducidos o reembarcados, a saber: derecho a ser oídos por la autoridad contralora previo a la ejecución de la medida, a ser informado del procedimiento de reconducción o reembarco al que será sometido y los recursos procedentes, a comunicarse con sus familiares que se encuentre en territorio nacional, y a ser asistidos por un intérprete.

Además, se establece una prohibición de reembarcar o devolver a las personas que presenten indicios de ser víctimas de trata de personas, secuestro o cualquier otro delito que ponga en riesgo su vida. Tampoco se podrá reembarcar a los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la comisión de un delito o aquellos que deban permanecer en el país por orden de los tribunales chilenos.

El artículo 131, inciso final, dispone que los extranjeros a los que se les aplique la medida deberán ser informados por escrito de los fundamentos de la medida aplicada, debiendo dejarse constancia administrativa.

En cuanto a los recursos, la resolución que decreta la expulsión solo es recurrible desde el exterior ante el SERMIG, para esto el extranjero deberá presentarse ante los consulados chilenos, para que hagan llegar finalmente el recurso al SERMIG. El plazo para su interposición es de 15 días, a contar del momento de la notificación de la medida. La interposición del recurso no suspende la ejecución de la medida.

Como se puede observar tras revisar las normas, el derecho a ser oído resulta ineficaz en estos casos. No se establecen etapas del procedimiento administrativo que respeten el principio de contradicción, donde las alegaciones del extranjero deban ser consideradas o se le permita presentar pruebas para su defensa. Además, la medida de expulsión solo es recurrible ante el SERMIG una vez ejecutada. En última instancia, las alegaciones que el afectado realice antes de la ejecución de la medida serán escuchadas únicamente por la autoridad policial de control migratorio, sin tener incidencia en la justificación ni en la ejecución de la medida.

Capítulo 3. Cumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos de la ley 21.325 y su aplicación por la Corte Suprema

En el presente capítulo, se analizará la normativa de la ley 21.325 y su aplicación por parte de la Excelentísima Corte Suprema, a la luz del derecho internacional desarrollado en el primer capítulo. El objetivo es determinar si esta normativa y su interpretación respetan las obligaciones que el Estado chileno ha asumido en esta materia.

Como primera aproximación, la ley 21.325 en el título II referido a los principios fundamentales de protección reconoce expresamente en el artículo 3 los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentran en Chile. Además de señalar el deber de reconocer estos derechos, la ley también obliga al Estado a garantizarlos, lo que implica remover todos los obstáculos que puedan impedir a los individuos el pleno goce de estos derechos¹⁰⁷.

Asimismo, el artículo 11 dispone que la interpretación de esta ley debe realizarse de acuerdo con las normas que establece la Constitución Política de la República y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile. Estas disposiciones permiten que el derecho internacional de los derechos humanos sea directamente aplicable por la institucionalidad migratoria, tanto por la autoridad administrativa como por los tribunales superiores de justicia. No obstante, la declaración de estos principios de protección no puede considerarse por sí misma satisfactoria, especialmente cuando existan normas específicas que puedan contravenir lo señalado por los tratados internacionales.

¹⁰⁷ Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Moller, 2012, p. 155.

También es importante hacer la prevención de que la mención de la normativa internacional de derechos humanos no garantiza su plena aplicación ni el respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes. De acuerdo a Rita Lages, “lo que constatamos es que esas leyes y políticas migratorias, aparentemente «pro derechos humanos», conviven con medidas legales y prácticas que pueden ser bastante restrictivas y coercitivas de derechos fundamentales y humanos de las personas migrantes”¹⁰⁸. Eduardo Domenech ha denominado esta situación como “políticas de control con rostro humano”, refiriéndose a aquellas ideas y prácticas que utilizan el discurso de los derechos humanos como fuente de legitimación, pero cuya finalidad es controlar los flujos migratorios internacionales más que proteger los derechos de los migrantes¹⁰⁹.

En este contexto, el capítulo procederá a evaluar el cumplimiento de las garantías sustantivas y procesales reconocidas en el derecho internacional de los derechos humanos dentro del marco de la ley 21.325 y su interpretación por la Corte Suprema. Se abordará, por un lado, el cumplimiento de estas garantías en la “expulsión propiamente tal” y, por otro, en los procedimientos de reconducción y devolución inmediata.

1. Expulsión

1.1 Garantías sustantivas

a. Igualdad y no discriminación

Como primera aproximación, la ley 21.325, en su artículo 4, reconoce expresamente los derechos humanos de los extranjeros, independientemente de su

¹⁰⁸ Cociña-Cholaky et al., 2023, p. 24.

¹⁰⁹ Ibid.

condición migratoria. Este reconocimiento formaliza la igualdad en esta materia, asegurando que los derechos humanos de los migrantes no estén condicionados a su categoría migratoria. La ley también establece como principio la igualdad y no discriminación, destacando que es un derecho que el Estado debe garantizar a los extranjeros.

El reconocimiento de estos principios en la ley 21.325 busca evitar decisiones basadas en discriminaciones arbitrarias, como se discutió en el segundo capítulo. El cumplimiento de la garantía de igualdad y no discriminación recae principalmente en los tribunales superiores de justicia, que deben asegurarse de que las decisiones de la autoridad administrativa en materia de expulsión de extranjeros respeten este derecho.

b. Protección a la familia

Los vínculos familiares en la ley 21.325 son una consideración previa que debe tomarse en cuenta por la autoridad administrativa en el procedimiento de expulsión de un migrante. Esta consideración permite ponderar los vínculos familiares que el extranjero tiene en Chile, específicamente, si tiene cónyuge, convivientes, padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva, así como hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país.

Al ser una consideración previa, se facilita la realización de un test de equilibrio entre la vida familiar y el interés del Estado en expulsar al extranjero, tal como lo establece el Comité de Derechos Humanos. El derecho internacional no proporciona criterios demasiado específicos sobre cuándo debe prevalecer un interés sobre el otro; no obstante, ante lazos familiares fuertes, la expulsión debe basarse en razones más sólidas.

Para Juan Carlos Ferrada y Karina Uribe:

“En suma, la unidad familiar se constituye en uno de los pilares de la nueva regulación migratoria, la que debería operar como criterio de actuación y límite de la Administración del Estado y de los demás poderes públicos. La interpretación que se haga de ella por los tribunales chilenos será sin duda clave para la extensión de este principio jurídico, lo que algo ya se ha avanzado en los últimos años”¹¹⁰.

Tal como señalan los autores, no solo es importante lo que la ley establece, sino también la interpretación que los tribunales hacen de este principio. Como se analizó en el capítulo anterior, la Corte Suprema ha abordado este tema en dos contextos. En el primer grupo de sentencias, cuando se trata de extranjeros declarados culpables de un delito, el máximo tribunal ha priorizado el interés del Estado por sobre la protección a la familia, independientemente de la gravedad del delito y de los lazos familiares en Chile¹¹¹. En el segundo grupo, donde la causal de expulsión es el ingreso por pasos no habilitados, la Corte le dio prioridad a la unidad familiar sobre el interés del Estado en expulsar al extranjero.

En este sentido, la ley 21.325 representa un avance significativo al permitir un test de equilibrio entre la vida familiar y el interés del Estado en la expulsión del extranjero. En contraste, el Decreto Ley 1094 no hacía referencia a la vida familiar, lo que generaba mayor arbitrariedad en las decisiones administrativas y obligaba a los tribunales a aplicar directamente el derecho internacional de los derechos humanos en algunos casos¹¹².

¹¹⁰ Ferrada & Uribe, 2021, p. 242.

¹¹¹ C.S, rol: 276-2024; 217.490-2023; 124.622-2023; 217.481-2023; 217.700-2023.

¹¹² Díaz Tolosa, 2020, p. 335.

c. Interés superior del niño, niña y adolescente

La protección de los derechos de la niñez migrante es crucial debido a su situación de triple vulnerabilidad: por ser niños, niñas o adolescentes, por ser migrantes y, en algunos casos, por mantener un estatus migratorio irregular, ya sea personalmente, por parte de sus progenitores o ambos a la vez¹¹³.

En la ley 21.325, el concepto de interés superior del niño, niña y adolescente se refleja en varias disposiciones clave. El artículo 4 establece que el Estado debe garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo con la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile, independientemente de la situación migratoria de sus padres. Además, el mismo artículo dispone que, frente a infracciones a la normativa migratoria, los menores no estarán sujetos a las sanciones previstas en la ley, incluyendo la expulsión.

Este último inciso es particularmente significativo, ya que asegura que los niños, niñas y adolescentes no sean objeto de expulsión, subrayando la importancia de proteger su interés superior en el contexto migratorio.

Otro artículo relevante en relación con la protección de niños, niñas y adolescentes en el contexto migratorio es el artículo 28 de la ley 21.325. Este artículo establece que los menores de edad que lleguen al país sin estar acompañados, o que, estando acompañados, no cuenten con la autorización de los padres, el tribunal competente o la autoridad correspondiente, o con los documentos de viaje necesarios, no podrán ser expulsados. En su lugar, se les aplicará el procedimiento de retorno asistido.

No obstante, la norma no aborda explícitamente el caso en que estos menores se encuentren en una situación que permita la reconducción o devolución inmediata por

¹¹³ Ravetllat Ballesté, 2022, p. 650.

parte de la autoridad policial en la frontera. Esta omisión ha sido objeto de crítica por parte de Isaac Ravetllat¹¹⁴: “[d]icha omisión, o lectura restrictiva del principio de no devolución, contraviene las disposiciones contenidas en la CDN (artículos 3 y 6), así como la valoración que de ellas han efectuado el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”¹¹⁵.

Esta crítica destaca la necesidad de una interpretación más amplia y conforme con los estándares internacionales para garantizar que el principio del interés superior del niño se respete plenamente, incluso en situaciones de reconducción o devolución inmediata.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, se observa que, en los casos de expulsión de familiares, en su mayoría padres, el análisis se enfoca en el principio general de unidad familiar, sin una evaluación específica del impacto en el niño, niña o adolescente involucrado. Esta perspectiva contrasta con el enfoque adoptado por la Corte IDH, que ha destacado la necesidad de considerar el interés superior del NNA al evaluar la proporcionalidad de las medidas de expulsión. La Corte IDH enfatiza que se debe analizar el impacto de la medida en el NNA, considerando tanto la historia migratoria de la familia como el alcance de la perturbación en la vida cotidiana del niño o niña. Esta diferencia en la aproximación subraya la necesidad de que los tribunales chilenos evalúen de manera más exhaustiva el impacto específico en los NNA cuando se dictan decisiones de expulsión.

Desde el punto de vista de las garantías procesales y el debido proceso, la Corte IDH ha subrayado que los Estados tienen la obligación de: “facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso

¹¹⁴ Id., p. 667.

¹¹⁵ Ibid.

migratorio donde estén involucrados. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente”¹¹⁶.

No basta con asegurar la participación; la Corte IDH también establece que la decisión adoptada debe evaluar el interés superior del NNA y ser debidamente fundamentada. En palabras de la Corte IDH: “la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior”¹¹⁷.

En las sentencias revisadas, aunque se reconoce la presencia de menores de edad en el núcleo familiar afectado por la medida de expulsión, no se observa un análisis detallado de su participación en el proceso ni una evaluación explícita de su interés superior. Esta omisión refleja una falta de adherencia a los estándares internacionales en materia de derechos de la infancia, dejando en evidencia una deficiencia en la aplicación de garantías adecuadas para los NNA en el contexto migratorio.

d. Principio de no devolución

Para evaluar si la legislación chilena cumple con el derecho internacional de los derechos humanos en relación con la garantía de no devolución, es relevante considerar la ley 20.430, que establece disposiciones sobre la protección de refugiados. El artículo 4 dispone:

“No Devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Opinión Consultiva 21/04: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 122.

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva 21/14: Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 119.

solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligran.

La protección en los términos enunciados precedentemente comprenderá, asimismo, cualquier forma de devolución hacia las fronteras de un país donde estuviere en peligro la seguridad de la persona o existieren razones fundadas para creer que podría ser sometida a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...)

Este artículo aplica el principio de no devolución específicamente a solicitantes de refugio y refugiados. Sin embargo, como se destacó en el primer capítulo, el principio de no devolución debería proteger a todos los extranjeros en riesgo de sufrir daños graves a su vida o integridad física, independientemente de su estatus jurídico. Limitar la protección solo a quienes tienen la condición de refugiado o han solicitado refugio no cubre plenamente las obligaciones internacionales.

La ley 21.325, por su parte, introduce una protección complementaria en su artículo 10, que se activa bajo condiciones específicas:

“1. Habiendo sido solicitantes de refugio, no les fuere reconocida tal condición; y 2. Justifiquen suficientemente que, de regresar a su país de nacionalidad, su vida, integridad física y/o libertad personal, corran grave riesgo, en atención a haber sido víctimas de violencia intrafamiliar o violencia basada en género u orientación sexual”¹¹⁸.

A pesar de esta disposición, el problema persiste: el principio de no devolución debería aplicarse sin considerar el estatus jurídico del extranjero para asegurar una protección efectiva de sus derechos. La ley 21.325 no garantiza esta protección en todos los casos en los que se pueda poner en riesgo los derechos fundamentales del individuo.

¹¹⁸ Gobierno de Chile, Política Nacional de Migración y Extranjería, 25 de enero de 2024, p. 25.

En la discusión legislativa de la ley 21.325, se propuso una norma que buscaba reflejar fielmente el principio de no devolución según el derecho internacional¹¹⁹, pero fue rechazada por la Cámara de Diputados¹²⁰. La propuesta era:

“Principio de no devolución. Ningún extranjero podrá ser expulsado o devuelto del país donde su derecho a la vida, integridad física o la libertad personal corran peligro de ser vulneradas en razón de su raza, nacionalidad, religión, condición social u opinión política, en conformidad a los tratados internacionales ratificados por Chile”.

Esta norma era crucial porque no condicionaba la protección a la calidad jurídica del extranjero, permitiendo una protección más amplia y acorde con las obligaciones internacionales, sin limitarse a los casos de refugiados o protección complementaria. Su rechazo subraya una brecha significativa en la legislación chilena respecto a la plena implementación del principio de no devolución.

1.2 Garantías procesales

Las garantías procesales en materia de expulsión administrativa fueron un tema central en la discusión de la ley 21.325, dado que el Decreto Ley 1094 presentaba deficiencias significativas en esta área. Este solo abordaba el inicio del procedimiento de expulsión sin detallar un procedimiento exhaustivo ni establecer reglas claras para la actuación de la autoridad¹²¹. Carecía de disposiciones sobre la obligación de ofrecer una audiencia previa y no contemplaba un deber de fundamentación que considerara las garantías sustantivas exigidas por el derecho internacional de los derechos humanos¹²². El único recurso disponible bajo el DL 1094 era el recurso extraordinario

¹¹⁹ Vallejos, 2019, p. 20.

¹²⁰ Cámara de Diputados, “Legislatura 366a, Sesión 126a, En miércoles 16 de enero de 2019” (n 39).

¹²¹ Lawson & Rodríguez, 2016, p. 223.

¹²² Ricke, 2020, p. 389.

de reclamación, que debía interponerse dentro de un plazo de 24 horas desde la notificación de la medida. Este recurso debía ser fundamentado y contar con el patrocinio de un abogado.

Todo esto vulneraba los distintos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, al no respetar ni garantizar el derecho a un debido proceso, y en específico, el derecho a defensa y la bilateralidad de la audiencia¹²³.

a. Prohibición de expulsiones colectivas

La ley 21.325 señala en el artículo 130: “Prohibición de expulsiones colectivas. Los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectivas, debiéndose analizar y decidir cada caso en forma individual.”

El establecimiento de la prohibición de expulsiones colectivas es un avance en materia de derechos humanos de los migrantes. Como se expuso en el primer capítulo, para considerar una expulsión como colectiva, no se debe atender exclusivamente al número de personas que están siendo expulsadas, sino a la omisión de un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, lo que la convierte en una medida arbitraria. Según Pascual Ricke, “al no analizar las circunstancias particulares de la persona sujeta a esta medida, la expulsión pasa a convertirse en una estadística de cumplimientos de metas institucionales. Esto es muy grave, pues desde el momento en que se aplica un criterio automatizado, las expulsiones pasan a tener el carácter de colectivas (...)”¹²⁴.

La inclusión del artículo 130, junto con el artículo 129, que especifica las consideraciones previas a ponderar, garantiza que las decisiones se fundamenten en

¹²³ Lawson & Rodríguez, 2016, p. 224.

¹²⁴ Ricke, 2020, p. 388.

las circunstancias individuales de los extranjeros. De esta manera, se protege la garantía contra las expulsiones colectivas, asegurando que cada caso sea evaluado de forma justa y equitativa.

b. Legalidad y motivación

Como fue señalado en el capítulo 2, para que se cumpla el principio de legalidad es necesario que las causales de expulsión estén establecidas claramente en la ley y que las decisiones se basen exclusivamente en ellas. En este sentido, la ley 21.325 define expresamente esta garantía en su artículo 126: “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”. Además, el artículo 127 detalla las causales de expulsión para los extranjeros con un permiso de permanencia transitoria y aquellos que carecen de permisos, mientras que el artículo 128 señala las causales de expulsión para los titulares de un permiso de residencia.

En cuanto a la motivación del acto de expulsión, la ley 21.325 protege esta garantía en el artículo 126, al disponer que la medida debe ser decretada por una resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente.

Además de estar reconocidas ambas garantías en la ley 21.325, la Corte Suprema al conocer las apelaciones contra las medidas de expulsión, evalúa la legalidad y la fundamentación de las resoluciones emitidas por la autoridad competente¹²⁵. Si se determina que estas resoluciones no cumplen con los requisitos legales y de fundamentación, serían consideradas ilegales, y, en consecuencia, deberían ser anuladas.

¹²⁵ Confirmada por la C.S. Rol: 185961-2023, 24-10-2023 Considerando 5 de la sentencia confirmada “En consecuencia, no se verifica ilegalidad en la Resolución recurrida, desde que fue dictada por la autoridad competente, dentro de sus atribuciones, fundado en causa legal y dotada de la motivación necesaria para comprender los fundamentos de la decisión adoptada”.

c. Reglas del debido proceso

Las deficiencias del DL 1094 en establecer un procedimiento con las debidas garantías para tomar la decisión de expulsar a un extranjero motivaron diversas críticas por parte de la doctrina nacional¹²⁶. Frente a esta situación, la Corte Suprema, conociendo recursos de amparo constitucional, dejaron sin efecto órdenes de expulsión cuando el procedimiento administrativo no cumplía con principios como la contradictoriedad, la publicidad y la transparencia¹²⁷. Sin embargo, tal como se mencionó en el primer capítulo, la Corte IDH ha establecido que las garantías del debido proceso deben aplicarse no solo en los procedimientos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos que puedan restringir los derechos de las personas.

La situación del DL 1094 generaba una situación de arbitrariedad y de vulneración de derechos de gran envergadura. Según Delfina Lawson y Macarena Rodríguez: “Las órdenes de expulsión son dictadas sin una instancia de preparación ni espacio para la defensa. No existe absolutamente ninguna interacción con la persona afectada, y tampoco se da un ejercicio de ponderación previo al dictado de la orden de expulsión u otra sanción”¹²⁸.

De acuerdo a las autoras, además de la falta de regulación, se infringían varias garantías del debido proceso como la defensa técnica especializada, la provisión de intérpretes y traductores y el derecho a asistencia consular, entre otras¹²⁹.

¹²⁶ Entre ellos: Lawson & Rodríguez, 2016; Ricke, 2020.

¹²⁷ Viñas, 2018, p. 14.

¹²⁸ Lawson & Rodríguez, 2016, p. 233.

¹²⁹ Id., p. 224.

Desde este punto de vista, veremos el desarrollo la garantía de un debido proceso legal en la ley 21.325.

- i) Derecho a ser informados de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión, junto con la posibilidad de exponer razones u oponerse a los cargos en su contra.

Para la sustanciación de un procedimiento de expulsión, lo primero que debe hacer la autoridad es emitir un acto administrativo que otorgue traslado al afectado, confiriéndole un plazo de 10 días hábiles, desde la notificación del acto, para presentar sus descargos. Este acto debe contener la mención de la causal en que se funda la eventual expulsión, los antecedentes de hecho y de derecho que le sirvan de sustento.

Esta forma de iniciar el proceso permite que los extranjeros tengan la oportunidad de conocer los cargos en su contra y presentar los descargos que consideren pertinentes para su defensa. En conjunto, el artículo 129, que establece consideraciones previas, y el artículo 126, que establece el deber de motivar la decisión, obligan a la autoridad administrativa a considerar los argumentos y la prueba presentada por los extranjeros.

No obstante, hay un caso en que no es necesaria la notificación del acto, ni se permite a los extranjeros presentar descargos. Esto ocurre cuando la persona que se busca expulsar haya sido parte de un procedimiento de rechazo o revocación de un permiso de residencia o permanencia contenido en el artículo 91 de la ley. Esta excepción podría afectar los derechos de los extranjeros, ya que ambos procedimientos no tienen la misma finalidad: uno busca el rechazo o la revocación de un permiso, y el otro, la expulsión del país. Así, al hacer los descargos correspondientes, los argumentos y formas de defensa podrían ser diferentes, impidiendo una defensa adecuada.

Además, la autoridad podría fundamentar ambas decisiones, la revocación o rechazo y la expulsión, basándose en causas distintas que no fueron discutidas en el primer procedimiento, lo que impediría al afectado presentar los descargos correspondientes. Asimismo, podrían surgir nuevos antecedentes que justificarían la no expulsión del país, pero el extranjero no tendría la oportunidad de exponerlos ante la autoridad.

El reconocimiento de esta garantía en los procedimientos de expulsión representa un avance significativo respecto al DL 1094, especialmente en los casos en que no se ha participado en un proceso de rechazo o revocación de un permiso de residencia. Sin embargo, si se presentan las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, podría vulnerarse el derecho al debido proceso de los extranjeros, al no permitírseles conocer los cargos ni presentar los descargos correspondientes.

ii) Derecho a recibir información sobre asistencia consular

Tal como se señaló en el primer capítulo, la asistencia consular como parte del debido proceso, permite resguardar los derechos de libertad personal, integridad personal y defensa.

La ley 21.325, en su numeral 4, reconoce el derecho de los extranjeros privados de libertad a comunicarse con su representante consular en el contexto de la ejecución de una medida de expulsión firme y ejecutoriada. No obstante, esta disposición no cumple plenamente con los estándares establecidos por la Corte IDH, ya que, aunque se reconoce el derecho en caso de detención, la ley restringe la asistencia consular a ese momento específico. Esto limita la capacidad del Estado de la nacionalidad del extranjero para proporcionar asistencia jurídica antes de que la medida de expulsión

se torne definitiva, dejando al extranjero sin la posibilidad de presentar nuevamente su caso ante la autoridad correspondiente.

La importancia de informar este derecho también ha sido reconocida por el Estado chileno en su política nacional de migración y extranjería, como acciones para asegurar el acceso a la justicia de las personas migrantes: “b) procurar procedimientos informados oportunamente, contando con un intérprete y asistencia consular, si se solicita, y que haya sido previamente informado como su derecho”¹³⁰. La incorporación de este objetivo en la política nacional es crucial, ya que, si se implementa adecuadamente, generaría una protección alineada con las obligaciones internacionales del país.

Por lo tanto, para garantizar este derecho de manera legal, podría incluirse en el artículo 5, referido al procedimiento migratorio informado, la obligación de la autoridad de informar al extranjero sobre la posibilidad de recibir asistencia consular. Esto permitiría que, en conocimiento de este derecho, el extranjero pueda recibir el apoyo necesario antes de que la decisión de expulsión sea definitiva y la sentencia esté firme.

iii) Asesoría legal gratuita

El artículo 21 de la ley 21.325 establece que el Estado debe asegurar a los extranjeros una protección igualitaria de los derechos previstos en la ley, la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile. Este artículo también establece que el Estado debe proporcionar asesoramiento y defensa jurídica a aquellos extranjeros que no puedan procurárselos por sí mismos, en conformidad con los derechos y garantías de la Constitución y los tratados internacionales vigentes.

¹³⁰ Gobierno de Chile, Política Nacional de Migración y Extranjería, 25 de enero de 2024, p. 50.

Aunque el artículo 21 reconoce el derecho a la defensa jurídica gratuita, su aplicación concreta en la ley no cumple de forma completa con los estándares internacionales. Específicamente, el artículo 141 de la ley 21.325 prevé la defensa jurídica gratuita solo para los casos en que la medida de expulsión ya ha sido dispuesta por la autoridad administrativa. Esto podría limitar la protección ofrecida, dado que la Corte IDH ha señalado que la asistencia jurídica gratuita debe estar disponible desde el inicio del procedimiento administrativo, no solo en etapas judiciales posteriores. Por lo tanto, para alinearse completamente con los estándares internacionales, sería necesario garantizar la defensa jurídica gratuita desde el comienzo del procedimiento administrativo y no únicamente cuando la medida de expulsión ya haya sido dispuesta.

iv) Recibir traducción o interpretación en caso de ser necesario

La ley 21.325, en su artículo 5, establece que el Estado debe proporcionar a los extranjeros información clara y completa sobre sus derechos y deberes, así como sobre los procedimientos de admisión, estadía y salida del país. Esta información debe ofrecerse en varios idiomas, incluyendo español, inglés y lenguaje de señas, y la política nacional de migración puede definir idiomas adicionales según las necesidades migratorias.

A pesar de este enfoque informativo, la ley no reconoce explícitamente el derecho a la asistencia de un intérprete durante los procedimientos administrativos, limitando esta garantía a casos en los que los extranjeros están privados de libertad para la ejecución de medidas. Esta limitación podría generar dificultades para aquellos que enfrentan barreras idiomáticas y problemas de comunicación durante los procedimientos administrativos.

La Política Nacional de Migración y Extranjería ha señalado la importancia de abordar estas barreras y ha establecido el objetivo de garantizar el acceso a la justicia de los migrantes mediante la provisión de asistencia jurídica, intérpretes y asistencia consular¹³¹. Ampliar el reconocimiento de la asistencia de intérpretes para incluir los procedimientos administrativos sería un paso importante para asegurar una protección más completa y efectiva de los derechos de los extranjeros, alineada con los estándares internacionales y las necesidades prácticas de la población migrante.

- v) Someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin

Como se indicó en el capítulo 2, el artículo 139 de la ley 21.325 excluye las reglas generales sobre recursos administrativos establecidas en la ley 19.880, lo que limita la posibilidad de interponer recursos administrativos como el de reposición, jerárquico y de revisión. En su lugar, el sistema recursivo para las medidas de expulsión se basa en un recurso de reclamación judicial, que debe ser presentado ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, con posibilidad de apelación ante la Corte Suprema. Este recurso debe interponerse dentro de un plazo de 10 días desde la notificación de la medida, lo cual proporciona un tiempo adecuado para obtener asistencia jurídica y preparar el recurso de manera efectiva. Adicionalmente, el recurso suspende la medida de expulsión, garantizando que el extranjero no sea expulsado hasta que la decisión sea firme y ejecutoriada. En resumen, la ley 21.325 establece una garantía importante al permitir recurrir contra las medidas de expulsión.

2. Reconducción o devolución inmediata

¹³¹ Gobierno de Chile, Política Nacional de Migración y Extranjería, 25 de enero de 2024, p. 51.

El análisis del cumplimiento de los estándares internacionales se realizará en un apartado separado, ya que las garantías aplicables en el procedimiento de expulsión difieren de las de la expulsión administrativa. Aunque la ley 21.325 presenta avances en comparación con el DL 1.094, estos avances pueden verse comprometidos por el procedimiento de reconducción o devolución inmediata. Como se demostrará, este procedimiento no respeta las garantías sustantivas ni procedimentales mínimas a las que está obligado el Estado chileno.

En este contexto, la reconducción o devolución inmediata se lleva a cabo por la autoridad contralora (policía) en dos situaciones: a) cuando un extranjero ingresa al país con una orden de expulsión, abandono o prohibición de ingreso vigente, sin necesidad de dictar una nueva resolución; y b) cuando un extranjero es sorprendido intentando ingresar o habiendo ingresado al territorio nacional eludiendo el control migratorio, ya sea por pasos habilitados o no, o al internarse hasta 10 kilómetros del límite fronterizo terrestre o dentro del mar territorial, o intentando ingresar con documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona.

2.1 Garantías sustantivas

a. Protección a la unidad familiar e interés superior del niño, niña o adolescente

En el proceso de reconducción y devolución inmediata, la ley 21.325 no especifica las circunstancias personales que la autoridad administrativa debe considerar al decidir. Para imponer esta medida, basta con que el extranjero se encuentre en una de las situaciones descritas en el artículo 131.

La ausencia de requisitos específicos en el proceso de reconducción y devolución inmediata conlleva varias consecuencias negativas. En primer lugar, la falta de un criterio formal para evaluar las circunstancias personales impide que la autoridad

contralora realice un test de equilibrio adecuado entre los derechos de los individuos y el interés del Estado. Esto puede resultar en una protección inadecuada para las garantías fundamentales relacionadas con la unidad familiar y el interés superior del niño, niña o adolescente.

En particular, la medida de reconducción o devolución inmediata no contempla cómo la decisión puede impactar el interés superior de los menores que puedan estar bajo el cuidado del extranjero afectado. La falta de un análisis de cómo la medida podría afectar la estabilidad y el bienestar de los NNA, y la ausencia de mecanismos que aseguren su participación en el proceso, representan serias deficiencias.

Además, el procedimiento no proporciona una etapa para que los menores puedan expresar sus puntos de vista o presentar sus argumentos en relación con la medida. Esto impide considerar su perspectiva y necesidades durante la toma de decisiones, lo cual es crucial para garantizar su protección y bienestar en conformidad con los estándares internacionales.

En resumen, la falta de requisitos específicos para la evaluación de las circunstancias personales y la ausencia de mecanismos de participación para los menores subraya una deficiencia importante en la ley 21.325, que debe ser abordada para asegurar que los derechos fundamentales y el interés superior de los menores sean debidamente respetados y protegidos en el contexto de la reconducción y devolución inmediata.

b. Igualdad y no discriminación

La falta de consideraciones previas y la ausencia de recursos efectivos antes de la ejecución de la medida de reconducción confieren a la autoridad contralora una discrecionalidad excesiva, lo que plantea problemas en términos de igualdad y no

discriminación, ya que las decisiones pueden ser tomadas sin una evaluación adecuada y equitativa de cada caso.

Al no existir un control efectivo sobre las medidas, se corre el riesgo de que estas medidas se basen en criterios subjetivos o discriminatorios. Lo que puede afectar negativamente los derechos de los extranjeros, y dar lugar a prácticas injustas o desiguales que no cumplen con el principio de igualdad ante la ley.

Por esto, la manera de proteger los derechos de los extranjeros en estas situaciones no es la adecuada, y frente a arbitrariedades de la autoridad contralora no se podrá asegurar los derechos antes de la ejecución de la medida.

c. Principio de no devolución

La afectación a esta garantía también dice relación con la amplia discrecionalidad entregada a la autoridad contralora.

En palabras de Pascual Ricke:

“Estas “devoluciones en caliente”, como se conocen en el ámbito del derecho migratorio internacional, son ampliamente criticadas, pues entregan un espacio de total discrecionalidad, sin sujetar a la autoridad policial ya un control efectivo. Además, constituyen una abierta vulneración a los derechos de las personas migrantes, no permitiéndoles defenderse, exponer las razones que los llevaron a esta situación, ni solicitar refugio u otra protección internacional del Estado”¹³².

Si bien el artículo 131, inciso sexto, dispone que no se reembarcará a personas que presenten indicios de ser víctimas de trata de personas, secuestro o cualquier otro delito que ponga en riesgo su vida. La discrecionalidad del procedimiento, al ser entregado a una policía fronteriza que no tiene control judicial o administrativo en ese

¹³² Pascual, 2021, p. 28.

momento, además del hecho de que este tipo de medidas se toman en general en zonas apartadas, hace depender del criterio de la policía fronteriza las circunstancias personales del afectado, y podrían darse situaciones de no ser escuchados para solicitar protección internacional.

En conclusión, las garantías sustantivas desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos, no se protegen de manera adecuada, por la amplia discrecionalidad entregada a la autoridad contralora, al no señalar cuales son los criterios personales que deben tomarse en cuenta y no someter a control judicial las decisiones.

2.2 Garantías procesales

En materia de garantías procesales, el régimen de reconducción o devolución inmediata se distingue completamente de la regulación de la "expulsión propiamente tal". Este régimen jurídico presenta graves problemas en relación con el debido proceso, lo que repercute indirectamente en las garantías sustantivas. El respeto al debido proceso no solo constituye un derecho en sí mismo, sino que también es la base sobre la cual se construye la protección efectiva de los derechos sustantivos.

a. Prohibición de expulsiones colectivas

La prohibición de expulsiones colectiva está señalada en el artículo 130 de la ley 21.325, lo que busca cumplir con estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, la aplicación práctica de este derecho puede presentar problemas en el contexto de la reconducción o devolución inmediata.

Para que una expulsión sea considerada individual y no colectiva, es necesario que la autoridad encargada examine las circunstancias personales de cada extranjero

afectado. No se trata solamente de identificar o listar a las personas involucradas, sino de asegurar que cada decisión se base en una evaluación exhaustiva de su situación particular.

Cuando se trata de personas que han sido descubiertas intentando ingresar al país o que ya han ingresado por pasos no habilitados, la ley no establece criterios que la autoridad fronteriza debe considerar antes de ejecutarla.

Esta falta de directrices puede llevar a que la autoridad fronteriza realice expulsiones de manera rápida y generalizada, sin el debido análisis individual. En aquellos casos, aunque formalmente se individualice a las personas afectadas, el proceso puede carecer del análisis profundo necesario para proteger los derechos de los migrantes. Esto puede llevar a situaciones en las que, en la práctica, se realicen expulsiones colectivas, en contradicción con lo dispuesto por la ley.

Para una protección de esta garantía que respete el derecho internacional de los derechos humanos, se debiera obligar a la autoridad contralora a analizar y fundamentar la medida en circunstancias personales de los afectados, y también, debiera existir algún control judicial sobre la decisión.

b. Principio de legalidad y motivación de la reconducción o devolución inmediata

El principio de legalidad exige que la causal por la cual se puede reconducir o devolver a una persona debe estar previamente establecida en la ley, lo que está previsto en el artículo 131 de la ley.

En cuanto al deber de fundamentación, de acuerdo con la Corte IDH este no se satisface con la sola enunciación de las normas aplicables al caso, sino que debe

fundamentarse la necesidad de la medida de acuerdo con los hechos del caso y las circunstancias personales del afectado¹³³.

En este contexto, el último inciso del artículo 131 señala: “Los extranjeros reconducidos o reembarcados conforme a este artículo deberán ser informados por escrito de los fundamentos de la medida aplicada”.

El fundamento de las medidas no tiene mayor importancia práctica en estos casos, es más bien un requisito formal que debe cumplirse por la autoridad de frontera. La ejecución de la medida no se pone en riesgo por una fundamentación que no esté basada en criterios objetivos y personales, puesto que esta se ejecutará de todas formas.

Además, el hecho de que el afectado no pueda presentar argumentos en contra o de ofrecer pruebas que puedan influir en la decisión subraya la falta de una verdadera motivación. En un debido proceso, los argumentos de los extranjeros deberían ser considerados y la autoridad debería explicar por qué sus defensas no pueden ser aceptadas. Sin este mecanismo, la decisión de reconducir o reembarcar queda peligrosamente cerca de la arbitrariedad, desvirtuando el principio de legalidad y dejando a los migrantes desprotegidos frente a decisiones potencialmente injustas.

c. Debido proceso

i) Derecho a ser informados de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión, junto con la posibilidad de exponer razones u oponerse a los cargos en su contra y presentar pruebas.

Este derecho se ve gravemente limitado en los casos de reconducción o devolución inmediata. Los extranjeros afectados por estas medidas tienen derecho

¹³³ Corte Interamericana de Derechos humanos (2010). Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No.218, párr. 116 y 118.

únicamente a ser informados por escrito de los fundamentos de la medida aplicada y a ser oídos antes de su ejecución por la autoridad contralora. Sin embargo, no existe una instancia en la que sus argumentos y pruebas presentadas sean realmente ponderadas.

Al no poder realizar una defensa adecuada, el derecho a ser oído pierde su eficacia, la decisión no estará debidamente fundamentada en las peticiones del afectado y en la pruebas presentadas por él. Para que este derecho sea efectivo, es esencial que las alegaciones del extranjero puedan influir en la decisión.

Esta inadecuación con los derechos humanos genera problemas respecto a las garantías sustantivas, es esencial que las partes puedan alegar sus posibles oposiciones en contra de la medida por situaciones de protección familiar, interés superior de NNA, igualdad y no discriminación y el principio de no devolución.

ii) Derecho a recibir información sobre asistencia consular

La ley 21.325 no establece de manera explícita la posibilidad de que el extranjero afectado por una medida de reconducción o devolución inmediata reciba asistencia consular. Aunque, en caso de detención para la ejecución de la medida, podría invocarse este derecho, la intervención consular se ve limitada. En estas situaciones, la actuación de las autoridades consulares del país de nacionalidad del afectado no influye significativamente, ya que la ejecución de la medida se realiza sin ofrecer la posibilidad de realizar alegatos o solicitar asistencia jurídica previa. Esta omisión no solo vulnera el derecho a la protección consular, sino que también restringe el acceso a la defensa y la protección efectiva de los derechos del afectado.

iii) Asistencia jurídica gratuita

En el procedimiento de reconducción o devolución inmediata, la posibilidad de acceder a asistencia jurídica gratuita no está contemplada para los extranjeros afectados por la medida. Dado que no existe un procedimiento previo que permita al extranjero ser notificado y defenderse antes de la ejecución de la medida, resulta imposible que reciba asistencia legal en esta etapa.

Una vez ejecutada la medida, se permite la interposición de un recurso ante los consulados chilenos en el país al que fue reconducido o reembarcado, sin embargo, la ley no garantiza la provisión de asistencia jurídica gratuita en este contexto, lo que vulnera gravemente los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Este procedimiento, por lo tanto, permite que se restrinja el derecho a la libertad de circulación sin garantizar la intervención de un letrado antes de la ejecución de la medida, lo que deja al afectado en una situación de indefensión.

iv) Recibir traducción o interpretación en caso de ser necesario

El artículo 131 de la ley 21.325 establece en su inciso quinto que los extranjeros en situación de ser reconducidos o reembarcados tienen derecho a ser asistidos por un intérprete, conforme a lo dispuesto en el artículo 5. Sin embargo, el reglamento en su artículo 153 introduce una limitación preocupante al señalar que esta asistencia será brindada "cuando ello sea posible," lo que condiciona la provisión de interpretación a la disponibilidad en ese momento, en lugar de garantizarla como una condición indispensable para asegurar el debido proceso.

Aunque la ley otorga mayor protección en este aspecto en comparación con las expulsiones administrativas propiamente tales en las que no se garantiza este derecho durante el procedimiento, esta disposición sigue sin cumplir plenamente con los estándares internacionales de derechos humanos. El acceso a un intérprete no debe

depender de la capacidad momentánea de proporcionarlo, sino que debe ser garantizado de manera efectiva para que el extranjero pueda ejercer sus derechos en un procedimiento justo y equitativo. La ausencia de un intérprete en estas situaciones pone en riesgo la comprensión del proceso y la defensa adecuada del afectado, socavando el principio fundamental del debido proceso.

v) Someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin.

La ley 21.325 dispone en el artículo 131: “Las medidas de reconducción o reembarco serán recurribles desde el exterior ante el Servicio, mediante presentación efectuada por el extranjero ante los consulados chilenos (...)”. Recordemos que la Corte IDH ha subrayado que el derecho al recurso es un pilar fundamental del derecho a la defensa. Este derecho no solo permite impugnar una decisión, sino que también busca evitar que una resolución con vicios o errores permanezca firme, lo que podría ocasionar un daño irreparable a los derechos del afectado. Para cumplir con este propósito, el recurso debe ser judicial y no simplemente administrativo.

En contraste, el recurso contemplado por la ley 21.325 no reúne las características necesarias para ser considerado una herramienta eficaz de protección de derechos. En primer lugar, al ser un recurso ante un órgano administrativo, carece de la independencia y autoridad que solo un tribunal jurisdiccional puede proporcionar. Esto deja al extranjero en una posición de indefensión, ya que su caso no es revisado por una entidad que pueda garantizar un juicio justo y equitativo.

En segundo lugar, el hecho de que el recurso no suspenda la ejecución de la medida agrava aún más la situación. La posibilidad de que una decisión administrativa pueda ser ejecutada sin un control judicial previo significa que los derechos del

extranjero pueden ser vulnerados sin remedio alguno. Esta falta de suspensión implica que el recurso, en la práctica, pierde su efectividad como mecanismo de defensa, ya que el daño se habrá consumado cuando el caso sea revisado.

Esta estructura de recurso permite una discrecionalidad administrativa alarmante, donde la libertad y otros derechos fundamentales de los migrantes pueden ser restringidos sin el control adecuado de un tribunal. Esto no solo pone en riesgo la equidad del proceso, sino que también abre la puerta a decisiones arbitrarias que pueden violar los principios de proporcionalidad, racionalidad, legalidad y no discriminación.

Conclusión

La expulsión administrativa, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, impone a los Estados la obligación de respetar ciertas garantías sustantivas, como la igualdad y no discriminación, la protección de la unidad familiar, el interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA), y el principio de no devolución. Asimismo, exige el respeto de garantías procesales, incluyendo la prohibición de expulsiones colectivas, la legalidad y motivación de las decisiones, y el debido proceso. El contenido de estas garantías ha sido objeto de análisis por parte de distintos órganos de tratados y tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En el contexto chileno, específicamente en la ley 21.325, se identifican dos formas de disponer una medida de expulsión: la expulsión propiamente tal y la reconducción y devolución inmediata.

En cuanto a la expulsión propiamente tal, se concluye que varias disposiciones contravienen los tratados internacionales de derechos humanos y estándares internacionales. Un análisis de la jurisprudencia nacional (particularmente de las cortes de apelaciones y la Corte Suprema) revela que, entre las garantías sustantivas, se reconoce la igualdad y no discriminación, así como la protección de la familia, como criterios a considerar por la autoridad administrativa. Sin embargo, respecto al interés superior de los NNA, se detecta un incumplimiento de esta garantía en la jurisprudencia estudiada, dado que no se especifica cómo estos participan en el proceso, ni se analiza adecuadamente la proporcionalidad de la medida desde su interés superior. Asimismo, el principio de no devolución, tal como está consagrado en la ley, tampoco cumpliría con los tratados internacionales, ya que restringe su aplicación a casos específicos, como aquellos en que se reconoce la condición de asilados o se otorga protección complementaria, según el artículo 10 de la ley.

Las garantías procesales han mostrado una mejora clara en comparación con el Decreto Ley 1.094, al permitir la existencia de una instancia procesal donde se pueden presentar descargos, al destacar las circunstancias personales que la medida debe considerar y la posibilidad de recurrir de manera efectiva. No obstante, persisten deficiencias, especialmente en relación con la imposibilidad de presentar descargos por parte de aquellos extranjeros que ya han sido sometidos a un procedimiento de rechazo o revocación de un permiso de residencia o permanencia, conforme al artículo 91 de la ley.

En el caso de la medida de reconducción y devolución inmediata, el procedimiento establecido por la ley atenta contra los derechos humanos de los migrantes al no especificar las consideraciones que la autoridad administrativa debe tener en cuenta al dictar la medida, ni proporcionar una instancia en la que el afectado pueda presentar argumentos para su defensa y pruebas pertinentes. Además, el recurso disponible es exclusivamente administrativo y solo puede interponerse una vez que la medida ha sido ejecutada, lo que impide un control judicial previo. Estas deficiencias en el debido proceso resultan en una falta de protección efectiva de las garantías sustantivas, como la protección de la familia, el interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA), y el principio de igualdad y no discriminación, que podrían requerir una protección especial pero no serán adecuadamente ponderados ni considerados.

En cuanto al principio de no devolución, este se ve comprometido por las mismas razones. La discrecionalidad ejercida por la autoridad contralora, sumada a la ausencia de un recurso judicial efectivo antes de la ejecución de la medida, puede llevar a situaciones en las que se impida a los afectados solicitar la condición de refugiado al no ser escuchados debidamente. Esto genera un riesgo significativo de vulneración de derechos, particularmente en contextos donde la vida o la integridad física de los migrantes podría estar en peligro si son devueltos a su país de origen.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arlettaz, F. (2015). *Expulsión de extranjeros y derecho de asilo en el Sistema Interamericano*.
Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Arlettaz, F. (2016). La expulsión de extranjeros en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 49(145), 1-33.
- Barrios Núñez, K. C. (2021). *El acceso a derechos en la discusión de la nueva ley N° 21.325 de migración y extranjería: Un análisis desde una perspectiva de derechos humanos*. Memoria licenciado en ciencias jurídicas y sociales [Memoria de licenciatura, Universidad de Chile].
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. 3ª edición actualizada. Legalpublishing. Santiago.
- Brondi, D. (2023, noviembre 20). La devolución en caliente, más que una frontera. *Diario Constitucional*. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/451828/>
- Cociña-Cholaky, M., Valdivia, M. H., & de Oliveira, R. L. (2023). Migración y derechos humanos: Política migratoria en Chile hoy. *Anuario de Derechos Humanos*, 19(1), 17-28.

- Cordero, E. (2020). El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad. *Revista chilena de derecho*, 47(2), 359-384.
- Cordero, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 42, 399-439.
- Cordero Vega, L. (2020). El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno. *Ius et praxis*, 26(1), 240-265.
- Correa, L. E. T. (2019). *La política migratoria en Chile en la disputa por los Derechos Humanos*. 16, 15-26.
- de Oliveira, R. L. (2019). Migración internacional y derecho: Una reflexión en clave de derechos humanos. *Anales de la Universidad de Chile*, 16, 27-45.
- Díaz de Valdés, J. M. (2018). Las categorías sospechosas en el derecho chileno. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 50, 189-218.
- Díaz Tolosa, R. I. (2020). Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno. *Estudios constitucionales*, 18(1), 309-352.
- Domenech, E. (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano”. La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*, 35.

- Encuesta revela aumento de más de 21 puntos en el rechazo a la inmigración. (2021, febrero 15). *El mostrador*. <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/02/15/encuesta-revela-aumento-de-mas-de-21-puntos-en-el-rechazo-a-la-inmigracion/>
- Feddersen, M., & Greene, T. (2023). *Manual de derecho migratorio chileno* (2da ed.). Thomson Reuters.
- Ferrada, J., & Uribe, K. (2021). La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIV, 2, 225-246.
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Pelayo Moller, C. M. (2012). La obligación de " respetar" y " garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios constitucionales*, 10(2), 141-192.
- Harris Moya, P. (2022). La impugnación administrativa en la nueva ley migratoria chilena. *Derecho PUCP*, 89, 205-228. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202202.007>
- Henríquez, J. O. (s. f.). *Procedimiento Administrativo de Expulsión de Inmigrantes en Chile*.
- Molina, D. (2020). La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: Límites materiales y formales. *Estudios de derecho*, 77(169), 293-321.
- Molina, D. (2021). Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: Parte general. *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(1), 255-273.

Navarro Beltrán, E. (2017). *El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional en Chile*.

Olate, C., Mora, A., & Sepúlveda, N. (2023, mayo 24). Identifican a 350 miembros del Tren de Aragua en Chile: Videos y testimonios revelan las espeluznantes torturas a sus víctimas. *CiperChile*. <https://www.ciperchile.cl/2023/05/24/identifican-a-350-miembros-del-tren-de-aragua-en-chile-videos-y-testimonios-revelan-las-espeluznantes-torturas-a-sus-victimas/>

Pascual, T. (2021). Nueva Ley de Migraciones en Chile: Avances y retrocesos. *Revista del Abogado*, 80.

Ravetllat Ballesté, I. (2022). Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile. Comentarios críticos a la Ley de Migración y Extranjería. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 22, 647-678.

Ricke, T. I. P. (2020). La [des] protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional. *Anuario de Derechos Humanos*, 16(2), 381-410.

Rodrigo Ríos. (2022, julio 27). Los mitos en el debate sobre migrantes, extranjeros y delincuencia. *CiperChile*. <https://www.ciperchile.cl/2022/07/27/los-mitos-en-el-debate-sobre-migrantes-extranjeros-y-delincuencia/>

Thayer Correa, L. E., Tijoux, M. E., Lages, R., & Fouillioux, M. (2022). El estado en su frontera: Arbitrariedad e ilegalidad en las políticas migratorias recientes en Chile. *Diálogo andino*, 68, 167-182.

Valencia, Y. Z. R. (2020). Principio de no devolución y su aplicación extraterritorial: Pilar fundamental en el marco del derecho de los refugiados. *Trans-pasando Fronteras: Revista estudiantil de asuntos transdisciplinarios*, 16, 1-31.

Vallejos, V. R. (2019). *La necesidad de incorporar el Principio de No Devolución (Non-Refoulement) en la Nueva Ley de Migración y Extranjería de Chile*.

Viñas, M. L. H. (2018). El habeas corpus contra las expulsiones ilegales y arbitrarias de migrantes. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, 1.

Jurisprudencia internacional citada

Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.

Comité de Derechos Humanos (1986). Observación General N°15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.

Comité de Derechos Humanos (2004). Observación General N°31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto.

Comité de Derechos Humanos (2007). Observación General N° 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia

Comité de Derechos Humanos (2016), A.A.S v. Dinamarca.

Comité de Derechos Humanos (2022). A.B. y P.D. v Polonia.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2020). Recomendación General N°38: relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2023), Tahereh Mohammadi Bandboni y otros v. Suiza.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 72.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Opinión Consultiva 18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 251, párr. 175.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 218, párr. 253.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Opinión Consultiva 21/04: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 272.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Opinión Consultiva 25/18: La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección.