



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**“ Legislación migratoria y Constitución: Análisis crítico de la expulsión de migrantes y su infracción a garantías constitucionales”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CAMILA ANDREA GALLE ARAVENA  
CAMILO IGNACIO MARDONES ESPINOZA**

**Profesora Guía  
ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO**

**Santiago de Chile  
2014**

## INDICE

<b>Introducción</b> .....	<b>5</b>
<b>Capítulo 1. Estado actual de la migración en Chile</b> .....	<b>8</b>
<b>Capítulo 2. Legislación migratoria</b> .....	<b>17</b>
<b>2.1 Normas de derecho internacional aplicables</b> .....	<b>18</b>
<b>2.2 Normas de derecho interno aplicables</b> .....	<b>21</b>
2.2.1 Decreto Ley N° 1.094.....	22
2.2.2 Decreto Supremo N° 597 o Reglamento de Extranjería.....	24
<b>Capítulo 3. Estatus jurídico del extranjero en Chile</b> .....	<b>25</b>
<b>3.1 Tipos de Visados</b> .....	<b>25</b>
3.1.1. Visa de Turista.....	25
3.1.2. Residente Oficial.....	26
3.1.3. Residente Sujeto a Contrato .....	27
3.1.4. Residente Estudiante.....	28
3.1.5. Residente Temporario.....	28
<b>Capítulo 4. Causales de expulsión</b> .....	<b>30</b>
<b>4.1 Por denegación de visa:</b> .....	<b>30</b>
<b>4.2. Por revocación de visa.</b> .....	<b>31</b>
<b>4.3 Otras causales</b> .....	<b>32</b>
<b>Capítulo 5. Procedimiento de expulsión e infracción de garantías constitucionales</b> .....	<b>36</b>
<b>5.1. El procedimiento de expulsión</b> .....	<b>36</b>

5.1.1. Procedimiento especial de expulsión.....	39
5.1.2. Organismos que intervienen en el procedimiento. ....	40
5.1.3. Decreto de expulsión: Sanción administrativa.....	41
<b>5.2 Infracción a la garantía del debido proceso.....</b>	<b>47</b>
5.2.1 El Debido Proceso. ....	47
5.2.2. Origen del Debido Proceso.....	48
5.2.3. Concepto de Debido Proceso.....	50
5.2.4. Contenido de la garantía del Debido Proceso en nuestra Constitución Política de la República. ....	55
5.2.5. El Debido Proceso Administrativo.....	61
5.2.6. Vulneración de la garantía del debido proceso por el proceso de expulsión.....	70
5.2.6.1. Requisitos generales del debido proceso según la CADH y comparación con el proceso de expulsión. ....	73
<b>5.3. Infracción a la prohibición de la doble incriminación .....</b>	<b>85</b>
5.3.1 Recepción constitucional de la garantía.....	86
5.3.2. Naturaleza de la sanción administrativa. ....	90
5.3.3. Infracción del <i>non bis in idem</i> por la expulsión administrativa.....	94
<b>5.4. Afectación del derecho a la libertad personal.....</b>	<b>97</b>
5.4.1 Control de la ilegalidad y arbitrariedad en el decreto de expulsión.....	101
5.4.2. Sobre el control de los actos administrativos discrecionales.....	102
<b>Capítulo 6. Análisis de jurisprudencia.....</b>	<b>108</b>
<b>6.1 Proporcionalidad y racionalidad en el decreto de expulsión.....</b>	<b>109</b>
<b>6.2. Infracción al principio de prohibición de la doble incriminación.....</b>	<b>123</b>

6.3. La expulsión debe respetar la presunción de inocencia y el debido proceso.	130
.....	130
<b>Capítulo 7. Legislación comparada, el modelo argentino.</b>	<b>150</b>
7.1 La inmigración en Argentina.....	150
7.2 Generalidades de la Ley de Migraciones 25.871. ....	151
7.3. Proceso de expulsión en la legislación Argentina.....	153
7.3.1. Causales.....	154
7.3.2. Procedimiento de expulsión.....	157
7.3.3. Régimen de recursos. ....	158
7.3.4. Derecho a asistencia jurídica e intérprete.....	163
7.3.5. Medidas cautelares.....	163
<b>Conclusiones.....</b>	<b>166</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>173</b>

*A nuestras familias, por su constante apoyo durante estos años.*

## **Introducción**

El presente trabajo nace producto de la expresión de un fenómeno social en creciente expansión durante la última década: el aumento de la migración de personas hacia nuestro país.

A través del último siglo, y especialmente durante la presente década, se ha incrementado la migración hacia Chile, cuestión que creemos responde a situaciones como el crecimiento de la integración económica y la globalización, el incremento del tráfico y contrabando de personas, una mayor armonía de las políticas de migración a través de mecanismos de integración regional, entre otros, y en específico hacia nuestro país por nacionales de América Latina y Europa, gracias a la estabilidad económica y mayor seguridad que existe en comparación a otros países de la región.

Una de las razones por las que este trabajo se referirá al fenómeno ya descrito, es por que no hemos encontrado una respuesta legal en nuestro derecho interno que se encuentre acorde a la normativa internacional de derechos humanos y, creemos también, tampoco a los principios y garantías propias de nuestra normativa constitucional. Manifestación concreta de ello puede verse en la expulsión de inmigrantes por parte de la administración, materia que será el estudio principal de este trabajo.

Esta memoria tiene como finalidad exponer acerca de la vulneración de garantías constitucionales que existe en contra de los ciudadanos extranjeros que son expulsados del territorio nacional por decreto del Departamento de Extranjería. Si bien el fenómeno macro sobre el que basaremos nuestro trabajo corresponde al de la migración, nos enfocaremos en la legislación migratoria vigente, refiriendonos con esto al DL 1.094 de 1975 y su Reglamento, en específico las causales de expulsión contenidas en esta normativa y cómo ellas vulneran las garantías del debido proceso y la libertad de tránsito, y en menor medida, dado que se trata de una interpretación reciente de la Corte Suprema<sup>1</sup>, la vulneración de la garantía del *non bis in idem* o prohibición de la doble sanción.

Se analizarán igualmente cuales han sido los criterios que han sostenido los tribunales superiores de justicia al resolver los recursos de amparo que se han presentado en favor de inmigrantes sujetos a expulsión administrativa. Se determinará mayormente cuales son los hechos que las Cortes consideran como vulneratorios de la garantías del debido proceso y

---

<sup>1</sup> Corte Suprema Rol 5112-2013 de 08 de agosto de 2013.

la libertad de tránsito, además de un fallo en particular que ha considerado que se infringe también la prohibición de doble sanción o *non bis in idem*.

Como modelo comparado se contrastará nuestra legislación migratoria con la de Argentina. Se escogió la legislación de este país porque de acuerdo a lo conversado en la entrevista que amablemente concedió a estos alumnos Helena Olea, profesora de la Clínica de Migrantes y Refugiados de la Universidad Diego Portales, corresponde a una nación que ha abordado el fenómeno de la migración desde una perspectiva distinta, toda vez que su legislación migratoria considera a los inmigrantes como sujetos de derecho, estableciendo con estos derechos y obligaciones, a diferencia de la nuestra, que tiene como lógica la diferenciación de migrantes y su selección, así como también la protección solamente de aquellos migrantes que se encuentran legalmente en nuestro país.

Por último, podremos ver a través del desarrollo de este trabajo, que la discusión acerca de la legislación migratoria va mas allá del sólo tratamiento de temas como la migración o el debido proceso, sino que es una discusión acerca del derecho administrativo sancionador y las garantías para los administrados cuando son sujetos de la imposición de una sanción administrativa.

## Capítulo 1. Estado actual de la migración en Chile

La Real Academia de la Lengua Española “RAE” define migración como “1. Acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él. Se usa hablando de las migraciones históricas que hicieron las razas o los pueblos enteros. 2. Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”<sup>2</sup>

La inmigración, pese a ser un fenómeno antiguo y frecuente a lo largo de la historia, es también uno de los temas más controvertidos a nivel mundial. En la actualidad la mayoría de los países cuentan entre su población a migrantes. Es por esto que muchas naciones han tomado conciencia de lo fundamental que es regular, tanto en términos legales como institucionales la política de migración.<sup>3</sup>

Así, uno de los aspectos más debatidos tiene que ver con la oferta laboral del país que recibe inmigrantes. Algunos señalan que recibir gran cantidad de migrantes es perjudicial toda vez que constituyen mano de obra

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia Española [En línea] <<http://lema.rae.es/drae/?val=migración>> [consulta 7 enero 2014]

<sup>3</sup> VELASCO, Juan Carlos “Desafíos políticos de los países de inmigración” Publicado en “Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político” (México), n° 3 (2008), 24 p. [en línea] <[http://digital.csic.es/bitstream/10261/8134/1/Desafios\\_politicos\\_paises\\_in\\_migracion\\_Confluencia\\_XXI\\_3\\_Mx2008.pdf](http://digital.csic.es/bitstream/10261/8134/1/Desafios_politicos_paises_in_migracion_Confluencia_XXI_3_Mx2008.pdf)> [consulta 7 enero 2014]

barata que compite con la mano de obra nacional, lo que finalmente redundaría en una disminución del sueldo mínimo. Sin embargo, se argumenta en contrario que en un largo plazo esta disminución de los sueldos se traslada finalmente a los consumidores, lo que beneficia a todo el país. Por otro lado hay que considerar que parte de los puestos de trabajo ocupados por inmigrantes son puestos que muchas veces los nacionales del propio estado no quieren ocupar, por tanto no existiría tal competencia. Por otro lado, es del caso que en ocasiones la inmigración corresponde a mano de obra calificada, personas con títulos profesionales, quienes pueden aportar con su visión de extranjeros a las labores que realicen, lo que redundaría en una beneficiosa relación para el país de acogida.

Otro de los desafíos que plantea el fenómeno en estudio corresponde al diálogo intercultural que experimenta el país receptor, dado que los países de procedencia pueden ser variados y con ello variarán también aspectos culturales de los migrantes, lo que puede diferir tanto en idiomas como en cultos religiosos, haciendo necesaria una nueva forma de convivencia, lo que inevitablemente generará “cambios inducidos en las

formas de entender la identidad colectiva e incluso la propia noción de ciudadanía”<sup>4</sup>.

Sin lugar a dudas, el fenómeno de la inmigración representa un desafío en cuanto a la integración cultural, social, económica y política de quienes dejan su país de origen para asentarse en otros.

Ahora, si bien los movimientos migratorios de carácter internacional han sido parte importante de la historia de la humanidad, nuestro país no ha sido un destino tradicional y masivo de las corrientes migratorias, en comparación, por ejemplo, con países como Estados Unidos, el que anualmente recibe miles de extranjeros con el ánimo de establecerse. Sin embargo, es innegable que con el pasar de las décadas el flujo de extranjeros hacia nuestro país ha aumentado considerablemente. Así, si bien a principios del siglo pasado la presencia extranjera alcanzaba sólo un 4.2% de la población de nuestro país y a comienzos de la década de los 80' la cifra había decaído aún más, llegando 0,75% en el año 1982, sin embargo a partir del año 1989, con la vuelta a la democracia, esta cifra se ha ido revirtiendo y la tasa de migración aumenta progresivamente cada año. Prueba de esto corresponde a la medición nacional del año 2002, la que

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*

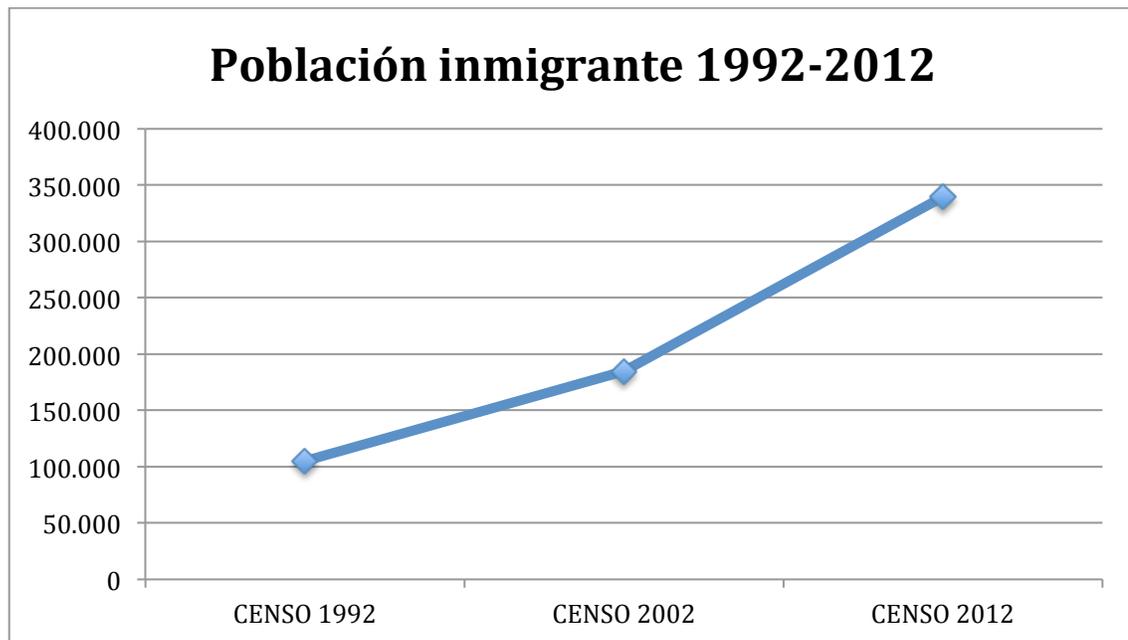
demuestra que el porcentaje de población extranjera en Chile ascendía al 1,22%<sup>5</sup> de la población actual. Diez años mas tarde, los nacidos en el extranjero y residentes en nuestro país alcanzan los 339.536, según los datos recogidos en el último Censo de población llevado a cabo el año 2012, representando un 2,04% de la población nacional<sup>6</sup>. De dicha cifra un total de 159.917 corresponde a hombres mientras que 179.619 a mujeres.

En el siguiente gráfico se demuestra el aumento en la cantidad de población inmigrante en Chile, la que ha crecido considerablemente en las últimas décadas.

---

<sup>5</sup> Datos del CENSO 2002, [en línea] <[http://www.censo.cl/contenido/documentos/poblacion\\_resultado\\_censo2012.pdf](http://www.censo.cl/contenido/documentos/poblacion_resultado_censo2012.pdf)> [consulta 26 de febrero 2014]

<sup>6</sup> El CENSO del año 2012 ha sido ampliamente cuestionado en cuanto a su metodología y los datos entregados por el Instituto Nacional de Estadísticas.



7

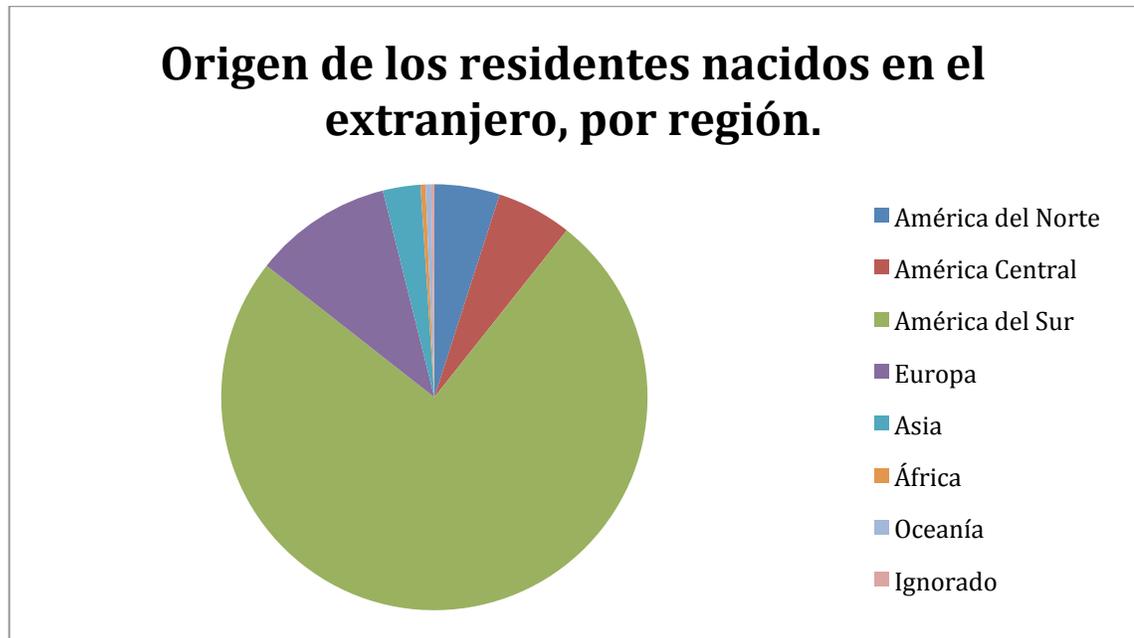
Ahora bien, respecto a la distribución de dicha población inmigrante dentro del territorio nacional, la mayoría se encuentra radicada en la Región Metropolitana, con un 61,40% de extranjeros respecto al total de extranjeros en el país, seguido por la Región de Valparaíso con un 6,90%, Tarapacá con un 6,50%, Antofagasta con 6,00% y Arica y Parinacota con un porcentaje de 3,60%.

En cuanto a su procedencia, Chile históricamente ha sido destino de inmigrantes de origen europeo, principalmente de españoles, alemanes,

---

<sup>7</sup> Gráfico de elaboración propia a partir de los datos del CENSO 2012, [en línea] < <http://www.censo.cl/tabulados.aspx>.> [consulta 26 de febrero 2014]

británicos e italianos, entre otros. En los siguientes gráficos se aprecia el origen de los extranjeros residentes en Chile, tanto según región como país.



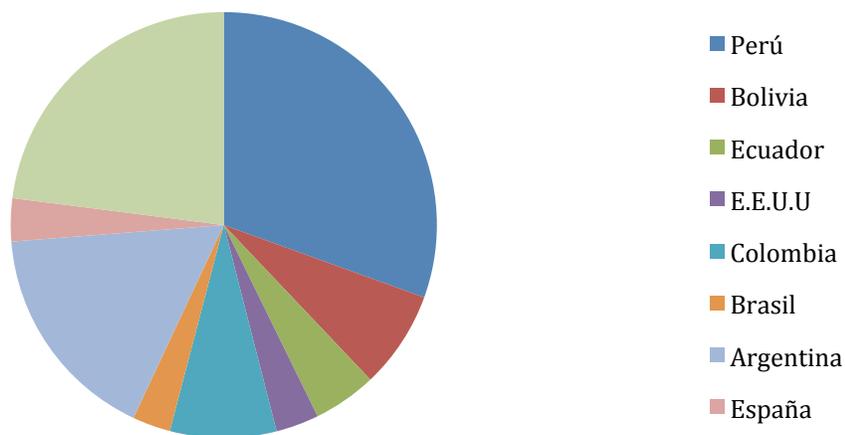
8

En el gráfico se muestra que la mayoría de los inmigrantes en nuestro país proceden de América del Sur (75%), Europa (11%) y América Central (6%).

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

### Origen de los residentes nacidos en el extranjero, por país.



9

Como se puede apreciar en la gráfica, la mayoría de los inmigrantes actualmente radicados en Chile provienen de Perú ( 30,52%), Argentina (16,79%) y Colombia (8,07%). También ha aumentado el ingresado a Chile de ciudadanos bolivianos, ecuatorianos, españoles, brasileños y estadounidenses, aunque en menor medida.

Cabe analizar los motivos y fundamentos detrás de estos importantes cambios en los movimientos migratorios que ha sufrido nuestro país, tanto respecto al aumento porcentual que ha experimentado la población de

---

<sup>9</sup> Ibíd.

extranjeros en Chile como respecto al país de origen de ellos, para lograr un cabal entendimiento del fenómeno migratorio y de sus implicancias.

Los motivos de este aumento significativo radican principalmente en las oportunidades laborales que hoy en día nuestro país ofrece, teniendo en consideración además la estabilidad política y económica en la que nos encontramos desde hace ya varios años. Esto se ve reflejado en las siguientes cifras: El ingreso per cápita en Chile el 2012, corregido por paridad de poder de compra, era un 72% más alto que el de Perú, un 83% más alto que el de Ecuador y un 261% más alto que el de Bolivia. Esta última es una diferencia comparable en términos porcentuales con aquella que existe entre Estados Unidos y México, escenario del mayor flujo de migrantes contemporáneo a nivel mundial. En el caso de Haití, una comunidad cuya presencia ha crecido progresivamente desde el año 2006, la diferencia es de 15 veces.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Mensaje de S.E. Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, con el que inicia un proyecto de Ley de Migración y Extranjería. Santiago, 20 de mayo de 2013.

Este aumento en la cantidad de migrantes también encuentra su explicación en que desde principios de los 90', Chile tomó la determinación de abrir con decisión sus fronteras hacia el mercado mundial. En pos de esto, nuestro país ha firmado numerosos acuerdos de libre comercio con diversos países, entre ellos Colombia y Perú el año 2006, Honduras el 2005 y Guatemala el 2007<sup>11</sup>. Sin embargo, estos procesos de apertura, no han sido acompañados por la modernización de la normativa referente a la movilidad humana en el contexto de un mercado global. En lo que a ello respecta, mantenemos la mirada proteccionista y temerosa de la década de los 70. De hecho, y a pesar de que la materia en cuestión es altamente dinámica, el principal cuerpo normativo referente a la migración, el Decreto Ley N° 1.094 de 1975, es la legislación migratoria más antigua de Sudamérica. La lógica que rige a este cuerpo normativo es la selectividad y exclusión del migrante, lo que se puede apreciar en los visados que se otorgan para ingresar y permanecer en el país, así como en las causales de expulsión que existen actualmente y en el procedimiento de expulsión que analizaremos en su oportunidad.

---

<sup>11</sup> Biblioteca del Congreso Nacional [en línea] <[www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.20051129.5599492629/area\\_2.2005-12-01.2439583052](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.20051129.5599492629/area_2.2005-12-01.2439583052)> [consulta 26 de febrero 2014]

## Capítulo 2. Legislación migratoria.

Largo tiempo ha pasado y mucho han variado las legislaciones desde que el Fraile Francisco de Vitoria enunciara su tesis sobre el “*Ius communicationis*”, la fundamentación ius naturalista del derecho de las personas a comunicarse libremente y por ende a visitar e ingresar a tierras extranjeras, un derecho universal a la libre migración, que incluso sirvió en su momento como fundamento a la invasión española en Latinoamérica<sup>12</sup>. Los actuales cambios en el paradigma de la migración, devienen en una preponderancia casi absoluta de la prevalencia del principio de la soberanía de los estados, que implica que estos son soberanos en decidir quien ingresa a su territorio y la posibilidad o no de mantenerse dentro del mismo por parte de los extranjeros.

---

<sup>12</sup> “La prueba histórica consiste en que, en el principio del mundo, era lícita toda comunicación y, cuando las tierras se repartieron y los hombres se disgregaron, no estuvo en su intención prohibirla, entre otras cosas porque va contra la naturaleza el impedir la compañía y consorcio de los hombres cuando ningún daño causan y la comunicación es, además de necesaria, deseable, no sólo como instrumento de apostolado, sino también de amistad y sociedad humanas (...)”. Citado en: DESANTES GUANTER, José María. “Los mensajes simples en el *Ius Communications* de Francisco de Vitoria”. Universidad de Navarra, España. 2005. [en línea] <[dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12681/1/PD\\_20\\_05.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12681/1/PD_20_05.pdf)>

No obstante lo anterior, ha existido un esfuerzo internacional por establecer un marco jurídico que regule y otorgue protección a la situación de los migrantes. Si bien éste no constituye un todo orgánico que de forma a la legislación migratoria, si cuenta con variados instrumentos que restringen, regulan y canalizan el actuar de los estados en materia de migración. La normativa referida se encuentra consignada en variados instrumentos algunos de ellos no gozan del carácter de ser vinculantes, también en tratados multilaterales y bilaterales, o se trata de normas que han pasado a formar parte del *Ius Cogens*. Todo este conjunto normativo constituyen el marco para la existencia de una legislación conjunta respecto de la migración y es a su vez el reflejo de la intención de los estados partes respecto de los miembros de su comunidad y los extranjeros.

A continuación se enunciará cuales son estas normas de derecho internacional que son aplicables en Chile y que se encuentran actualmente vigentes.

## **2.1 Normas de derecho internacional aplicables.**

El primero de los tratados internacionales que contiene normas acerca de la migración corresponde a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) aprobada por los estados miembros en el año 1948 y

ratificada por Chile. En ella se señala en el Artículo n° 13.2 que “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.” Lo que podríamos ver como una manifestación del principio del *Ius Communicationis* que inspiraba a la carta. Luego, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se vuelve a repetir el mismo principio en el Artículo 12.2, morigerado no obstante por la disposición del artículo 12.3 que establece que “Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”. En dicha disposición aparece de manifiesto un vuelco hacia el principio de la soberanía de los estados en materia de migración, en desmedro del principio del *Ius Communicationis*, permitiendo a los estados regular el flujo migratorio siempre y cuando se trate de regulación legal, por determinadas razones y con ciertas restricciones.

Posteriormente se han ratificado por nuestro país, diferentes instrumentos que se refieren directamente al fenómeno migratorio, entre ellos La Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, que crea

una categoría especial de migrantes como son los refugiados y establece ciertos deberes de los estados para con ellos, como la prohibición de expulsión, a no ser por razones de seguridad u orden público, determinando igualmente ciertas garantías mínimas en el proceso de expulsión. Otro tratado importante que se ha creado sobre la materia corresponde a La Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, no obstante este tratado no se encuentra ratificado por Chile, así como tampoco la Convención Para Reducir los Casos de Apatrídía de 1961. Por otra parte, nuestro país ha ratificado otros instrumentos con disposiciones sobre los migrantes como La Convención Internacional Sobre Todas Las Formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de 1979, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 y el Convenio Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias de 1990.

Tal es el marco jurídico de derecho internacional que rige la situación de los migrantes, los deberes de los estados para con ellos y el principio de la soberanía de los estados para controlar y regular la situación migratoria.

## **2.2 Normas de derecho interno aplicables.**

La legislación interna sobre migrantes se reduce al Decreto Ley N° 1.094 del Ministerio del Interior (en adelante DL 1094), publicado en el Diario Oficial el 19 de julio de 1975, también conocida como la Ley de Extranjería. A su vez la Ley de Extranjería cuenta con un reglamento sobre su aplicación, correspondiente al Decreto N° 597 del Ministerio del Interior (en adelante “el Reglamento” o “Reglamento”), publicado en el Diario Oficial el 24 de noviembre de 1984. Es necesario mencionar también la Ley N° 19.581 de 1998, que crea la categoría de ingreso de habitantes de zona fronterizas y los Decretos Supremos N° 2043 de 1982 y N° 818 de 1983, que otorgan atribuciones tanto al Intendente Regional como al Gobernador Provincial, al primero para cambiar la condición jurídica de los extranjeros y al segundo para tomar medidas de expulsión.

Este vendría a ser el escueto cuerpo legal que regula la migración en nuestro país, al que es necesario agregarle tan solo por su vigencia pero no por su aplicación, el Decreto con Fuerza de Ley N° 69 del Ministerio de Hacienda, que crea el Departamento de Inmigración y establece normas sobre la materia, legislación que ha caído en desuso.

### **2.2.1 Decreto Ley N° 1.094**

Tanto la ley de extranjería como el reglamento, corresponden a cuerpos normativos que fueron dictados durante la vigencia de la dictadura militar, por lo que parecen ser regidos mas por una lógica de selección de quienes ingresan al territorio, que una normativa que busque la protección de los derechos humanos de los migrantes de ahí que el eje central de la regulación se trate en específico de “El ingreso, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros” de acuerdo a lo dispuesto en artículo 1° del DL N° 1.094 de 1975.

Respecto al ingreso, la ley de extranjería señala cuales son los requisitos que deben cumplir los extranjeros al ingresar al territorio nacional, los lugares por donde es posible ingresar y cuales son los distintos estados jurídicos que pueden tener los extranjeros; sea como turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes. Asimismo, en su párrafo tercero la ley señala impedimentos de ingreso, estableciendo que ciertas personas no podrán ingresar al territorio nacional, entre ellos según lo señalado en el artículo 15 N° 1 “Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o

alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”. Esta disposición refuerza lo señalado anteriormente acerca de cual es el espíritu y la lógica que construye este cuerpo legal, que busca más que proteger al migrante y sus derechos universales, la selección de los mismos y evitar el ingreso de agentes no deseados para el estado al momento de su dictación. El contexto político al momento de la dictación del decreto determina su finalidad, la dictadura buscaba desincentivar y controlar la inmigración, en especial, de aquellos ajenos a los intereses del régimen<sup>13</sup>.

Se regula además el sistema de visados como autorización para el ingreso y permanencia, y en lo que importa a este trabajo en particular, el proceso de expulsión y sus causales, cuestión que será abordada en otro capítulo más adelante.

---

<sup>13</sup> BARTOLUCCI LÓPEZ, Oriella. “Correr es mi destino por no llevar papel, Migrantes, su expulsión y debido proceso en Chile.” Memoria para optar al grado de Magister. Universidad de Chile, Santiago, 2012. 15p.

### **2.2.2 Decreto Supremo N° 597 o Reglamento de Extranjería**

El DS N° 597 del Ministerio del Interior de 1984, llamado también el Reglamento de Extranjería, regula de manera específica el ingreso al país, los requisitos para permanecer en él, las categorías de migrantes, los tipos de visados, las prohibiciones e impedimentos de ingreso, los procedimientos administrativos y sancionatorios, y también las competencias de los Ministerios del Interior y de Extranjería en la materia.

Cabe señalar que no se establece derecho alguno a los migrantes, si no que se trata más bien de un catálogo de obligaciones que deben cumplir con las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento. Tampoco se señala algún deber del Estado en cuanto a su protección u oficinas de ayuda a los migrantes en particular.

### **Capítulo 3. Estatus jurídico del extranjero en Chile.**

De acuerdo a la ley de extranjería, en Chile se distingue primeramente a los extranjeros que ingresen al país, de acuerdo al propósito con el que ingresan. Quienes ingresan con fines recreativos, deportivos, culturales, pero que no buscan una permanencia definitiva, son llamados turistas. Aquellos que ingresan al país con miras a permanecer en él y a desarrollar una actividad remunerada, se les denomina residentes. Los residentes son clasificados legalmente entre cinco distintos tipos, según la razón o el sentido con el que haya hecho su ingreso al país.

A continuación revisaremos los distintos tipos de visados que la ley de extranjería contempla para los extranjeros en el país.

#### **3.1 Tipos de Visados**

##### **3.1.1. Visa de Turista**

De acuerdo al artículo 44 de la Ley de Extranjería, corresponden a turistas “los extranjeros que ingresen al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestión de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas.”

Se exige entonces que no exista como propósito ni la inmigración definitiva, ni la residencia ni tampoco el desarrollo de actividades remuneradas. Asimismo, exige además la ley que el turista deberá constar con los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, sin necesidad de acreditarlo al momento de ingresar, sino cuando la autoridad policial lo requiera. La autorización de permanencia es temporal y tiene una duración de 90 días prorrogables.

Si bien la Visa de Turista esta contemplada para aquellos que buscan una estadía corta en el territorio nacional, se contempla la posibilidad cambiar a la calidad de residente o residente oficial si se cumplen determinadas condiciones.

### **3.1.2. Residente Oficial.**

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Extranjería en su artículo 19 “Se considerarán residentes oficiales los miembros del Cuerpo Diplomático y Consular acreditados ante el Gobierno y los de organizaciones internacionales reconocidos por Chile, a quienes se concederán visaciones diplomáticas u oficiales.” Se contempla la entrega de la misma visación a los miembros de su familia y funcionarios administrativos que cumplan funciones en conjunto.

Respecto al tiempo de permanencia, podrán permanecer en Chile durante el tiempo que requiera la misión oficial que desempeñen en el país. Podrán solicitar la residencia definitiva al momento del término de la misión oficial.

### **3.1.3. Residente Sujeto a Contrato**

La legislación otorga esta visación a quien visita el país con el objetivo de cumplir un contrato de trabajo o a aquellos que se encuentren en el país y se radiquen para dar cumplimiento a un contrato de trabajo, según lo dispuesto en el Art. 23 de la ley en estudio.

Se exige en tanto:

- a) Que el empleador sea una empresa con domicilio en el país.
- b) El contrato debe ser firmado tanto por el empleador como por el trabajador, ante notario si es en Chile o ante agente consular o diplomático acreditado, si es en el extranjero.
- c) En caso de ser el extranjero profesional o técnico especializado, debe acreditar el título respectivo, debidamente legalizado.
- d) Que el ejercicio de tal profesión o actividad sea indispensable o necesaria para el país.

- e) Que las actividades a desarrollar en Chile no sean atentatorias o peligrosas contra la seguridad nacional.

Esta visación tiene un tiempo de duración máximo de dos años, o lo que dure el término del contrato, sin embargo cumplido el plazo máximo se podrá solicitar la residencia definitiva.

#### **3.1.4. Residente Estudiante**

Este tipo de autorización para el ingreso y la permanencia se otorga tanto a aquellos extranjeros que ingresan al territorio nacional con el objeto de estudiar en una institución o establecimiento educacional de estudios superiores, como a aquellos que encontrándose dentro del país se matriculen en uno de estos establecimientos.

Esta visación tiene un duración de un máximo de un año y puede renovarse por plazos sucesivos mientras se acredite la calidad de estudiante. En el caso de terminar sus estudios en el país, se podrá optar por la permanencia definitiva.

#### **3.1.5. Residente Temporario.**

Se otorga esta visación a quienes deseen radicarse en el país, siempre que acrediten vínculos familiares o demuestren ser de utilidad al país.

Asimismo, se otorga a los ex residentes que anteriormente hayan tenido residencia definitiva y esta se encuentre caducada y hayan residido al menos un año en el país.

## **Capítulo 4. Causales de expulsión**

La legislación vigente en materia de migraciones establece que podrá decretarse la expulsión de un extranjero, ya sea por denegación de la visa que le permitiría mantenerse de manera legal en el territorio nacional, o por revocación de la visa que ya le hubiese sido otorgada, además de otras causales específicas que aparecen redactadas de manera inorgánica en la Ley de Extranjería y su Reglamento.

### **4.1 Por denegación de visa:**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 63 del D.L. 1.094 de 1975, es deber del órgano encargado de la entrega de los permisos, el de denegar la solicitud de ciertos peticionarios que aparecen detallados. Entre ellos se encuentra aquellos que ingresan aún encontrándose prohibido su ingreso, de acuerdo a lo regulado en el Art. 15 de la misma ley, como también aquellos que habiendo ingresado válidamente varíen su comportamiento y caigan en las causales N° 1 y 2 del artículo 15. Estos numerales 1° y 2° del Artículo 15 del DL 1.094 establecen que se prohibirá el ingreso a quienes se dediquen a propagar ideas que alteren por la violencia el orden social del país o se trate de personas que realicen actos contrarios a los interés de Chile o constituyan un peligro para el Estado, así como también aquellos que se

dediquen a ciertas actividades delictivas como “comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas (...)”, e incluso, y sin dar mayor definición de lo que implica este criterio, “los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.”

Deberá denegarse igualmente la visa a quienes se valieren de documentos falsos o adulterados y a los que incurran en iguales falsedades con la documentación de extranjería otorgada en Chile, así como también se denegará a quienes no cumplan con los requisitos para acceder al beneficio.

El artículo 64 del DL 1094 y el 138 del Reglamento por su parte establece que podrán rechazarse las solicitudes de ciertos petitionarios, quedando a criterio de la autoridad administrativa competente la denegación de la visa en ciertos casos, por ejemplo, aquellos que hayan sido condenados por crimen o simple delito, igualmente quienes infrinjan las prohibiciones o no cumplan las obligaciones que les impone este decreto ley y su reglamento, por nombrar algunas.

#### **4.2. Por revocación de visa.**

La revocación de la visa implica por su parte que quienes ya habiendo obtenido el beneficio, se les revoca por las causales que establece

la Ley de Extranjería en su artículo 65. Nuevamente se distingue en la ley entre aquellos casos en que deben revocarse las visas de aquellos otros casos en que podrán revocarse las visas; deberán revocarse cuando se hayan expedido visas a personas que tienen prohibición de ingreso al país de acuerdo al Art. 15 de la ley, o a quienes se les debía denegar la solicitud de visa e igualmente se les otorgó. Igualmente se establece que deberá revocarse la visa de aquellas personas que con posterioridad a su ingreso incurran en las conductas descritas en los numerales 1 y 2 del Art. 15 de la ley.

Podrán revocarse las visas en cambio, cuando aquellos que hubieren hecho ingreso al país, por algún hecho posterior queden comprendidos en las causales de posible rechazo de visa descritos en el artículo 64 de la ley.

### **4.3 Otras causales**

Además de las causales ya descritas, se establece en la legislación una serie de otras causales que pueden derivar en la expulsión de los migrantes, las que señalan a continuación:

- Los extranjeros que se encuentren actualmente en situación ilegal en el país. (Artículo 78 inciso 4º del Reglamento).

- Refugiados que realicen actividades contrarias al Gobierno de su país. (Art. 62 inc. 2º del Reglamento.)
- Los extranjeros que infrinjan de manera grave o reiterada las obligaciones de control que impone el Reglamento. (Art. 149 inc. 3º del Reglamento).
- Aquellos que ingresen al territorio nacional mientras permanece vigente el decreto o resolución que determinó su expulsión del país. (Art. 171 inc. 1º del Reglamento).

De las causales ya analizadas, es posible referirse a ellas críticamente tanto por su amplitud como por la vaguedad de la redacción de los términos en que se encuentran descritas.

En razón al primer criterio, con estas disposiciones se refuerza la ya descrita lógica de exclusión que gobierna a este cuerpo legal, el que más que buscar la integración con los migrantes o el respeto a sus derechos humanos, intenta establecer criterios de selección de los mismos. Ejemplo de ellos es que exista una prohibición de ingreso, así como también una causal de expulsión, a quienes “propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que

estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado.”

En una primera observación, parece claro que puede considerarse la redacción de la norma como atentatoria contra la libertad de expresión. Esto en razón de que las doctrinas que aparecen mencionadas serán consideradas violentas o contrarias al orden social según lo que el Estado considere como tal, por lo tanto si el Estado considera que el Comunismo es una de estas doctrinas, cualquiera que propague o fomente la adopción de dicha doctrina siendo extranjero, deberá ser expulsado o no podrá ingresar al país. Lo anterior podría incluso hacerse extensivo a quienes provengan de países y ostenten cargos administrativos donde aquella doctrina es la imperante, como fue el caso de Rusia durante gran parte del siglo XX o Cuba y China en la actualidad.

Por otra parte, si tenemos en consideración que el órgano administrativo facultado para decretar la expulsión es el Ministerio del

Interior y Seguridad Pública, que corresponde al ministerio encargado de velar por la seguridad interior del Estado y de aplicar políticas orientadas a la disminución de la delincuencia y el control social, la lógica de control y segregación aparece como todavía más evidente y permite al menos adelantar cual será el criterio que prevalecerá al momento de aplicar la expulsión de los ciudadanos extranjeros.

## **Capítulo 5. Procedimiento de expulsión e infracción de garantías constitucionales.**

### **5.1. El procedimiento de expulsión.**

La expulsión corresponde a una de las sanciones que establece la Ley de Extranjería y el Reglamento a quienes siendo extranjeros incumplan las obligaciones y condiciones prescritas en el decreto ley o no se abstuvieran de evitar los comportamientos prohibidos en el mismo, o que continuaren permaneciendo en el territorio nacional aún cuando se hubieren vencido sus permisos.

El procedimiento de expulsión de migrantes se encuentra regulado en el DL 1094 en el párrafo 3° “De las Medidas de Control, Traslado y Expulsión”, artículos 81 y siguientes. Asimismo, en el reglamento se complementa la regulación en el párrafo 3° artículos 164 y siguientes.

El procedimiento comienza con la denuncia que será practicada por la Policía de Investigaciones (en adelante “PDI”) o Carabineros en aquellos lugares donde haya policía, ante el Ministerio del Interior o la Intendencia Regional según corresponda, cuando tenga conocimiento de que un extranjero se encuentra en situación irregular. Además de denunciar, procederá por si misma y sin consulta a organo jurisdiccional alguno, a

compeler al extranjero al cumplimiento de las medidas de control que dispone la ley. Estas medidas de control corresponden a la toma de declaración del infractor y el retiro de los documentos que correspondan. Asimismo, se le señalará un lugar de permanencia obligatoria por el plazo que la PDI estime necesario y se le fijará la obligación de comparecer periódicamente a una unidad policial. Estas facultades de la PDI se encuentran establecidas en los artículos 82 y 84 inciso final de la Ley de Extranjería. Se establece además que el incumplimiento de estas medidas de control será una causal suficiente para expulsar al infractor del país.

Teniendo entonces el Ministerio del Interior el conocimiento de que existe un extranjero en situación de supuesta infracción de la Ley de Extranjería, esta establece en su artículo 84 que “La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes.” Como excepción y sólo para el caso de los extranjeros que se encontraren en el territorio nacional con visa de turista, la expulsión podrá ser dictaminada por el Intendente Regional correspondiente a la jurisdicción del lugar donde el afectado se encuentre.

Habiendo sido dictado el correspondiente Decreto Supremo o Resolución Exenta, corresponderá la notificación de la resolución al afectado, la que será realizada por la Policía de Investigaciones o Carabineros, en su caso. Es al momento de la notificación, según se explicita en el artículo 89 del DL. 1094 que el afectado por el acto deberá hacer presente su intención de recurrir en contra de la medida, o de lo contrario, conformarse con ella. En caso de que manifieste su intención de recurrir el plazo para hacer la presentación es de 24 horas contadas desde el momento de la notificación. Dicho plazo se aumentará según la tabla de emplazamiento, de acuerdo al lugar donde se efectúe la notificación. Se faculta además al Intendente Regional o Gobernador Provincial de la jurisdicción donde se encuentre el extranjero afectado por la medida, a disponer mediante decreto, del allanamiento de la propiedad particular, con el sólo fin de hacer posible la captura del extranjero para ejecutar la expulsión.

La presentación del recurso consiste en una reclamación ante la Corte Suprema que se podrá hacer por el mismo afectado o algún miembro de su familia. El recurso deberá ser fundado y se conocerá de forma breve y sumaria por la Corte Suprema, quien fallará dentro del plazo de 5 días

contados desde su presentación. La interposición de este recurso tiene como efecto la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión, pero durante su tramitación, el extranjero permanecerá privado de su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar en que el Ministerio del Interior o el Intendente determinen.

Por último, transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación de la orden de expulsión, en caso de no haberse interpuesto recurso, o habiéndose interpuesto y no haya sido acogido por la Corte Suprema, la Policía de Investigaciones procederá a ejecutar la medida de expulsión del extranjero.

#### **5.1.1. Procedimiento especial de expulsión.**

Se regula de manera especial el procedimiento de expulsión de los tripulantes extranjeros de empresas mercantes o que se dediquen al transporte internacional de pasajeros, que habiendo desertado de sus medios de transporte, no reúnan los requisitos para ser considerados turistas. Establece la Ley de Extranjería en su artículo 85, que aquellos extranjeros que se encuentren en estos casos, serán expulsados sin más trámite, salvo se intervenga en su favor, ya sea por la empresa, representante diplomático o

el propio interesado, para obtener la ampliación del permiso de tripulante o gestionar su salida del país.

En este procedimiento de expulsión no se regulan formas de impugnar la decisión de la administración, ni tampoco cual es el órgano encargado de decretar la medida, por lo que creemos debe entenderse que se estará a lo regulado para el procedimiento ordinario de expulsión.

#### **5.1.2. Organismos que intervienen en el procedimiento.**

Tomando en consideración que el procedimiento mismo comienza por denuncia, el reglamento en su artículo 4º establece que es deber de la Policía de Investigaciones o de Carabineros, en aquellos lugares donde no haya PDI, el denunciar al Ministerio del Interior las infracciones a la Ley de Extranjería y al reglamento de las que tome conocimiento. Asimismo, el reglamento en su artículo 5º obliga a los extranjeros a presentar su documentación de identidad o extranjería, cuando estas sean exigidas por las autoridades. Será la misma PDI además la que determine las medidas de control que debe seguir el extranjero cuando sea sorprendido en infracción de la legislación, igualmente será esta policía la que notifique del decreto de expulsión y la que se encargue de ejecutar la medida transcurridos los plazos de los medios de impugnación, en caso de haberse ejercido.

La facultad de expulsar a un extranjero en tanto recae, en la mayoría de los casos, en el Ministerio del Interior, quien dispondrá de la expulsión de los extranjeros mediante Decreto Supremo fundado por orden del Presidente de la República, salvo por la excepción de los extranjeros con visa turista que sea por cualquiera de las causales de expulsión, podrán ser expulsados mediante Resolución Exenta de toma de razón firmada por el Intendente Regional correspondiente a la jurisdicción del lugar donde se encuentre el afectado, según lo dispone el artículo 167 del Reglamento.

Por último, participan también el Intendente Regional o el Gobernador Provincial, en aquellos casos en que se faculta para dictar un decreto fundado para allanar la propiedad donde se encuentre el extranjero sancionado.

### **5.1.3. Decreto de expulsión: Sanción administrativa.**

En nuestro Derecho Administrativo es posible encontrar una variedad de normas, denominadas de distinta manera en el complejo entramado de la administración del Estado (circulares, instructivos, decretos supremos, resoluciones, programas, planes, ordenanzas, etc.)<sup>14</sup>. Respecto de la que es

---

<sup>14</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Las normas administrativas y el sistema de fuentes. RDUCN 2010, vol.17, n.1 [citado 2014-01-08], pp. 21-

referida en este trabajo, es necesario atender a lo señalado en la Constitución Política de la República (CPOL), la que dispone en su artículo 35 que “Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”. Por su parte en el inciso 2º señala “Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del ministro respectivo, “por orden del Presidente de la República”, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley.” Coincidente con esta clasificación, la misma Ley de Extranjería señala en su artículo 84 que la medida de expulsión de los extranjeros requerirá de Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministerio del Interior bajo la fórmula de “por orden del Presidente de la República”. En el caso especial ya mencionado anteriormente respecto de la expulsión de los extranjeros que se encuentran con permiso de turista, el acto administrativo se expresa formalmente como una resolución exenta de toma de razón que es dictada por el intendente respectivo de la jurisdicción

---

50. [en línea].  
<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S07187532010001000002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07187532010001000002&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100002>.>

del extranjero. En ambos casos se trata de actos administrativos, ya que de acuerdo a la definición del Art. 3° de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, se entenderá por acto administrativo “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.” Y los actos de la administración tomarán la forma de “decretos supremos y resoluciones”.

Quedando establecido que se trata de un Decreto Supremo de acuerdo a la fórmula del Artículo 35 inc. 2° o de una resolución exenta de toma de razón, queda determinar la naturaleza del acto administrativo en atención a la potestad pública que se ha hecho efectiva. La administración del Estado cuenta con diferentes potestades para hacer efectivos sus fines, y corresponden al mejor medio conocido por el momento, para generar condiciones de vida en sociedad y proteger el ejercicio de los derechos esenciales de las personas, así como permitir y facilitar la satisfacción de las necesidades básicas de quienes se encuentren materialmente en

situaciones de desigualdad<sup>15</sup>. Las potestades de la administración son variadas y complejas, el profesor Pantoja las ha clasificado en imperativa, reglamentaria, ejecutiva y sancionadora<sup>16</sup>.

La potestad sancionadora administrativa o la facultad jurídica de imponer sanciones a los particulares, siguiendo la tesis del profesor Vergara Blanco, corresponde a una manifestación del *ius puniendi* estatal que debe diferenciarse de la potestad sancionadora penal, toda vez que la primera surge de la potestad de administrar, que implica la posibilidad de aplicar sanciones que no se reputarán penas, mientras que la segunda emana de la potestad jurisdiccional del Estado, donde si se reputan penas a las sanciones y solamente pueden ser aplicadas por el poder estatal al que se le ha conferido jurisdicción, que corresponde a los tribunales<sup>17</sup> (salvo contadas excepciones de órganos administrativos que ejercen jurisdicción; como la

---

<sup>15</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la administración del Estado. Tomo VII. Santiago, Editorial Legal Publishing, 2010. pp. 21-22.

<sup>16</sup> PANTOJA BAUZA, Rolando. El derecho administrativo: Concepto, características, sistematización, prospección (2). 2o edición. Santiago, Editorial Jurídica, 1996. 93p.

<sup>17</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro. Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Coquimbo, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 11, N° 2, 2004. pp. 137-147.

Contraloría General de la República en el juicio de cuentas<sup>18</sup>). Acerca de la naturaleza de la potestad administrativa sancionadora, distinta es la posición que sustentan profesores como Román Cordero, quien afirma la completa autonomía del Derecho Administrativo Sancionador, el que tendría un “anclaje” en el Derecho Público Estatal y más aún en el Derecho Administrativo, régimen que tiene una finalidad propia al momento de sancionar, cual es la protección del interés público<sup>19</sup>.

Respecto a la sanción administrativa misma, no parece una temática en que la doctrina haya puesto mayor atención, salvo algunas excepciones. El profesor Bermúdez Soto ha intentado definirla como “Aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por una administración pública por la comisión de una sanción administrativa<sup>20</sup>”. Por otro lado, se ha referido también a la sanción

---

<sup>18</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?. Lima, Perú, Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2011. pp. 231-251.

<sup>19</sup> ROMAN CORDERO, Cristián. El Derecho Administrativo Sancionador en Chile. Montevideo, Uruguay, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, N° 16, Uruguay, 2009. pp. 89-101.

<sup>20</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Elementos para definir las sanciones administrativas. Santiago, Chile, Revista Chilena de Derecho, 1998. pp. 323-334.

administrativa el profesor Román Cordero, quien lejos de ofrecer una definición, prefiere entender la sanción administrativa como un concepto indeterminado que corresponde a la jurisprudencia determinar, no obstante ofrece como criterios para delimitar el concepto, los siguientes<sup>21</sup>: (i) Debe ser impuesta por un órgano administrativo con atribución legal; (ii) Debe importar una lesión o menoscabo de derechos o la imposición de un deber para un particular; (iii) Debe ser establecida como una reacción a la contravención; (iv) Debe ser impuesta con un solo fin: la represión o castigo de un ilícito administrativo.

Para este trabajo seguiremos la propuesta que ha entregado el profesor Román Cordero acerca de cómo delimitar cuando nos encontramos frente a una sanción administrativa. Por lo tanto, haciendo uso de su modelo de criterios delimitantes y cumpliendo los requisitos exigidos, esto es; (i) corresponde a una sanción impuesta por un órgano administrativo con atribución legal: el Ministerio del Interior o el Intendente Regional, según lo establecen los artículos 84 de la Ley de Extranjería y 167 del Reglamento respectivo; (ii) la sanción implica la expulsión del territorio nacional por parte del infractor, lo que implica de manera efectiva una lesión o

---

<sup>21</sup> ROMAN CORDERO, op cit. p. 99.

menoscabo de derechos, como es la libertad ambulatoria que se ve afectada al exigirse el abandono del territorio nacional; (iii) La expulsión aparece como una reacción a la contravención de determinados deberes que se exigen para los migrantes, según ya se especificó en su momento; (iv) Parece además tener como única finalidad la represión de un ilícito administrativo.

Dado lo anterior, y siendo cumplidos los presupuestos planteados por el profesor Román Cordero, es que creemos que en el caso particular, la expulsión administrativa de migrantes corresponde a una sanción administrativa, lo que implica entonces que su aplicación debe ser precedida de un Procedimiento Administrativo Sancionador, el que a su vez debe cumplir con los estándares propios del debido proceso, posición que será defendida en los próximos acápite.

## **5.2 Infracción a la garantía del debido proceso.**

### **5.2.1 El Debido Proceso.**

Antes de referirnos a la existencia de una infracción al debido proceso por parte del procedimiento de expulsión, es necesario dilucidar que es lo que se ha entendido y que es lo que actualmente se entiende por

“debido proceso”, de modo tal de poder constatar ese concepto con el actual procedimiento de expulsión y definir de esa manera si existe o no vulneración a la garantía establecida en la Constitución.

### **5.2.2. Origen del Debido Proceso.**

La noción de debido proceso tiene su primera aparición en las más tempranas manifestaciones del common law, conocido como “*Due Process of Law*” en la tradición anglosajona, aparece escriturado en el capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra del año 1215. En la clausula 39 de la referida Carta Magna, se establece lo siguiente: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*”, lo que ha sido traducido como: “Ningún hombre libre deberá ser arrestado, detenido o preso, o desposeído de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Dicha redacción

corresponde a la forma en que los barones normandos buscaron proscribir las violaciones a la libertad personal y la propiedad por parte del rey<sup>22</sup>.

Con posterioridad esta garantía fue incorporada a otros cuerpos legales, como el Bill of Rights de 1689 o la Declaración de Derechos de Virginia de 1776. No obstante, reviste mayor importancia su inclusión en la V enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, que estableció: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.” Su importancia radica en que de manera expresa se hace

---

<sup>22</sup> TORO JUSTINIANO, Constanza. “El debido proceso: Un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Santiago, Chile. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2008. p.6.

referencia al debido proceso. Luego, en el año 1868, con la XVI enmienda se consolida la garantía del debido proceso, donde también se le menciona de manera explícita y además se le otorga un contenido sustantivo más que procesal<sup>23</sup>.

Mas tarde la institución del debido proceso fue introduciéndose en el derecho continental y posteriormente en el derecho internacional público, donde es ahora reconocido como un derecho humano fundamental en los tratados internacionales sobre la materia.

### **5.2.3. Concepto de Debido Proceso.**

Habiendonos referido a los orígenes del concepto de Debido Proceso, es debido profundizar acerca de cual es el contenido efectivo de dicho concepto en nuestra doctrina y como ha sido recogido o cual es su figuración en nuestro derecho interno.

Para parte de nuestra doctrina nacional, como son los profesores Maturana y Montero, el debido proceso “refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo

---

<sup>23</sup> La XVI enmienda señala: “Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, ni denegará a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la igual protección de la ley.”

cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social<sup>24</sup>”, correspondiendo entonces a “aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste<sup>25</sup>“. De acuerdo a esta definición el debido proceso correspondería a un conjunto de normas y garantías jurisdiccionales que tienen como finalidad la existencia de un proceso en el que se de cumplimiento a una serie de supuestos considerados básicos para garantizar la adecuada manifestación del estado de derecho en la resolución de conflictos, tratándose entonces de una institución dinámica y que abarca un número básico más no taxativo de garantías.

---

<sup>24</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. 2010 Santiago, Chile. Ed. Abeledo Perrot 29p.

<sup>25</sup> *Ibíd.*

Esta laxitud del concepto que permite entenderlo como un número indeterminado de garantías, presenta la ventaja de que al no estar cerrado, actúa como vaso comunicante a la hora de establecer nuevas garantías y permite así evitar el conflicto que podría manifestarse al intentar determinar cuales son las estrictamente contenidas en el derecho fundamental.

Este concepto se ha entendido por la doctrina de dos maneras, una instrumental, que reconoce en el debido proceso a un continente que contiene determinadas garantías que aseguran el ejercicio del derecho, así como una variante sustancial, que identifica el debido proceso como la idea de justicia misma, siendo más que un conjunto de garantías que uniforman lo que debe ser un proceso, sino que los derechos que componen la garantía deben sustentarse en un procedimiento legítimo y democrático<sup>26</sup>. La postura del debido proceso sustancial, entiende que si bien este puede considerarse como un continente de otras garantías que aseguran la aplicación de un juicio justo, lo imperante es que esas garantías provengan de una ley tramitada conforme a un sistema democrático, convirtiéndose de este modo

---

<sup>26</sup> ALBORNOZ GABILÁN, José Esteban. “El debido proceso y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la Administración del Estado regidos por la ley 18.834 sobre el estatuto administrativo”. Tesis para optar al grado de Magíster. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2011. 12p.

en la idea misma de justicia, diferente a la concepción instrumental, que consideraría que el conjunto de garantías que se encuentran contenidos en el concepto del debido proceso, corresponden a aquellas que contienen los principios para la aplicación de un proceso racional y justo<sup>27</sup>.

Ahora, cabe preguntarse ¿cuál es el alcance del debido proceso? ¿qué garantías deben verse contenidas en él?. Entendemos que dado la complejidad y flexibilidad del concepto, no es posible limitarlo a un catálogo acotado de garantías, no obstante revisaremos someramente cuales son aquellas garantías que se ha intentado dar como integrantes fundamentales del debido proceso, en definitiva aquellas que entendemos que no pueden faltar en ningún sistema que se diga respetuoso de éste.

Es posible agrupar las distintas garantías del debido proceso según la finalidad que pretenden asegurar, de este modo, podemos clasificarlas; A.- Según las condiciones del órgano adjudicador; B.- Según las condiciones del procedimiento y; C.- Según las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al debido proceso.

Tratándose de las condiciones del órgano adjudicador, se incluyen como garantías la necesidad de que sea un organismo competente,

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*

independiente e imparcial, así como que este se encuentre establecido anteriormente a la perpetración del hecho (conocido también como juez natural). Por tanto, se debe cumplir con la prerrogativa de que se trata de un tercero, el que a su vez es imparcial y que el legislador se ha encargado de establecer con anterioridad al acontecimiento de los hechos.

En cuanto a lo relativo a las condiciones del procedimiento, es posible ubicar como garantías mínimas la garantía de un juicio único, público y expedito. Asimismo, es posible ubicar en este mismo segmento otras garantías como la publicidad del proceso y la fundamentación de las sentencias.

Por último, las garantías de las que se debe dotar a la persona que es sujeto del juicio para resguardarlo del poder del Estado. Nos encontramos en esta sede con garantías tales como, la presunción de inocencia, el derecho a defensa y la asistencia de un letrado, el derecho a presentar pruebas y a excluir las de la contraparte, el derecho a guardar silencio, la prohibición de la auto incriminación (conocida también como *nemo tenetur*) y el derecho a revisión de las sentencias.

#### **5.2.4. Contenido de la garantía del Debido Proceso en nuestra Constitución Política de la República.**

En nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido que la garantía al debido proceso se encuentra contenida en el Artículo 19 numeral 3º, el que establece:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida (...)

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos (...)

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”

A continuación analizaremos brevemente lo que el constituyente ha querido decir en este numeral.

En el primer inciso, lo que esta asegurando el constituyente es la igualdad procesal, toda vez que la igualdad ante la ley ya ha sido resguardada en el numeral 2º del mismo artículo<sup>28</sup>.

Luego, en el inciso segundo se establece el derecho a defensa, lo que se complementa con lo dispuesto en el inciso tercero, donde el constituyente deja en manos del legislador la forma en que el estado proveerá de asistencia letrada a quienes no puedan proveérsela.

---

<sup>28</sup> TORO JUSTINIANO, Constanza. “El debido proceso: Un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Santiago, Chile. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008. 32p.

En el cuarto inciso se establece la proscripción de juzgamiento por comisiones especiales, sino que debe ser por un tribunal establecido en la ley con anterioridad a la perpetración del hecho. Lo anterior se conoce en doctrina como la garantía al juez natural, que implica que cada vez que exista un asunto que deban conocer los tribunales, la asignación del tribunal competente existirá ex ante determinada en la ley.

En el inciso siguiente, el quinto, la redacción que utiliza el constituyente para referirse al proceso, ha llevado a la doctrina a afirmar que se está estableciendo una garantía al debido proceso. En este inciso se establece que toda sentencia “debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” y que corresponderá al legislador el establecer “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Ahora cabe preguntarse por que el constituyente no utilizó sin más la expresión debido proceso.

Consultadas las actas de la comisión redactora de la constitución, queda de manifiesto en ellas que los miembros de la comisión optaron en primer término, por omitir establecer un catálogo de garantías procesales que determinara el contenido del debido proceso, para otorgar flexibilidad

al concepto de modo tal que pudiera adaptarse a los cambios futuros<sup>29</sup>, permitiéndose además un desarrollo de este concepto por el legislador y la jurisprudencia.

Asimismo, de manera voluntaria se prescindió de la utilización de la expresión “debido proceso”. Una de las razones por las que se escogió este camino la entrega el comisionado Evans de la Cuadra, quien estimó que “existe toda una historia anglosajona que la puede complicar mucho más”<sup>30</sup>, además “se estaría obligando al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, (...) de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona”<sup>31</sup>.

Ahora, respecto de cuales son las garantías de un proceso racional y justo como señala el constituyente, la remisión que se hace al legislador parece no ser del todo concluyente. No obstante, creemos que a la luz de los dispuesto en el artículo 5° de la Constitución y el llamado bloque de constitucionalidad, por el cual se hacen parte de nuestra legislación interna los tratados internacionales que se encuentren debidamente ratificados por

---

<sup>29</sup> Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 101, 9 de enero de 1975.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> *Ibíd.*

Chile, es necesario entender como garantías mínimas al menos aquellas enumeradas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Las garantías establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos son las siguientes:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Posteriormente será este catálogo de garantías mínimas el que utilizaremos como modelo de comparación para juzgar la adecuación al debido proceso del procedimiento de expulsión. Lo anterior en virtud de la fuerza que tiene la implementación de este tratado en nuestro derecho interno<sup>32</sup>, permitiéndonos contrastar a través de un modelo seguro y claro, sin participar de la decisión de justificar la adopción de una postura doctrinaria y no otra.

#### **5.2.5. El Debido Proceso Administrativo.**

Habiendo ya delimitado cual es el contenido y alcance del concepto de debido proceso y como este es recogido por nuestra Constitución, es preciso retomar en este momento una discusión que aún se mantiene en nuestra doctrina.

---

<sup>32</sup> Artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

La pregunta es si es posible exigir el respeto a la garantía del debido proceso, como es requerido por nuestra Constitución, al proceso administrativo. La dificultad radica en la redacción del inciso 5° del numeral tercero del artículo 19 de la CPR<sup>33</sup>, donde se establece que la garantía se aplicaría tan sólo a aquellas sentencias que emanen de un órgano que ejerza jurisdicción, por lo tanto es necesario determinar en quien radica la jurisdicción y si los órganos administrativos también la ejercen al momento de aplicar sanciones.

Esta discusión, que ya fue abordada de forma somera en un acápite anterior, no es del todo pacífica y se han planteado distintas opiniones por la doctrina. En primer lugar es necesario señalar lo que se ha entendido por jurisdicción en nuestra doctrina, donde si bien se han otorgado distintas definiciones, para estos efectos nos permitiremos abordar y trabajar con sólo una de ellas por parecernos la más completa, cual es la del profesor Maturana, quien la define como: “El poder deber del Estado, radicado

---

<sup>33</sup> Constitución Política de la República. Artículo 19 numeral 3° inciso 5°: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.”

exclusivamente en los órganos establecidos por la ley, para que éstos dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado generalmente a requerimiento de parte y a desarrollarse según las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República”<sup>34</sup>. Si atendemos a esta definición y sus elementos, nos encontramos con que los órganos que ejercen jurisdicción corresponden tan sólo a aquellos que han sido establecidos por la ley, siendo esta la única capaz de otorgar dicho atributo. Siguiendo con esto, la CPR en su artículo 76 dispone que “la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley”, cuestión que se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1º del Código Orgánico de Tribunales. Dicho lo anterior, no quedaría más que interpretar que los únicos órganos que ejercen jurisdicción en nuestro país son los tribunales de

---

<sup>34</sup> MATURANA MÍQUEL, Cristián. *Disposiciones Comunes a todo procedimiento*. Apuntes de clases de la cátedra de Derecho Procesal. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 10p.

justicia, radicándose en exclusiva la función jurisdiccional en el poder judicial.

Parte de la doctrina constitucional ha sostenido una posición contraria, entre ellos el profesor Cea Egaña, quien afirma que “la locución órgano que ejerza jurisdicción comprende desde luego a los tribunales ordinarios y especiales de toda índole y jerarquía, pero también a las autoridades política, gubernativas y administrativas, así como en su caso por autorización del Estado y con sujeción a los estatutos respectivos, a los representantes de las corporaciones, fundaciones y asociaciones privadas que gozan de personalidad jurídica, con facultad de conocer acciones litigiosas, comprobar los hechos, subsumirlos en las normas vigentes, decidir la controversia y ordenar la ejecución del respectivo fallo. De manera que la disposición rebalsa el marco de Poder Judicial y cubre el área mucho más vasta y sustantiva de lo jurisdiccional o definitorio del derecho aplicable a la solución de un litigio, es decir, a la representación que de una contienda se hace en un proceso”<sup>35</sup>. De forma similar se ha manifestado el profesor Evans de la Cuadra, quien afirma que “el administrador está

---

<sup>35</sup> CEA EGAÑA, José Luis. *Marco Constitucional del Proceso*. Revista de Derecho y Jurisprudencia 9(1), 1982. 20p.

ejerciendo una función jurisdiccional cuando, por ejemplo, impone sanciones, priva de la administración de sus bienes a sus dueños, temporal o definitivamente, desconoce el derecho de asociación negando arbitrariamente la personalidad jurídica, etcétera, y el reclamo ante la justicia no es más que la continuación de ese proceso jurisdiccional ante un órgano de superior jerarquía. Sostener por tanto que lo jurisdiccional se inicia con la intervención del tribunal ordinario y negar que las autoridades políticas o administrativas son órganos que ejercen jurisdicción cuando afectan derechos de las personas, es un grave error que desconoce la letra, el espíritu y la historia del precepto que nos ocupa. Nuestra tesis es la de la esencia del Estado de Derecho que quiso robustecer la Constitución de 1980<sup>36</sup>. En síntesis, lo que dichos autores proclaman es que si una decisión de los órganos de la administración, ya sea al imponer una sanción o negación de alguna facultad de los administrados, implica una privación de los derechos fundamentales que emanan de la persona humana, y siendo aquella decisión obligatoria para los administrados, corresponde a la

---

<sup>36</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 30p.

aplicación de funciones jurisdiccionales y por lo tanto es exigible que para ellos se garantice un debido proceso.

Una interpretación distinta de nuestro ordenamiento ha realizado el profesor Moraga Klenner, como ya fue expuesto con anterioridad, quien afirma que los órganos de la administración no tienen poder de jurisdicción, no obstante en casos particulares a ciertos órganos la Constitución o las leyes les han otorgado dicha función<sup>37</sup>. Los argumentos para establecer esta diferencia corresponden a los siguientes: (1) La función administrativa radica en el Presidente de la República y la función jurisdiccional en los tribunales del país; (2) “La diferenciación material de ambas funciones podría resumirse en que la administrativa es una actividad encausada hacia el futuro. Se trata de una actividad que es de tipo garantista, prestacional, conformadora, planificadora y fomentadora, y a cuyo efecto la administración debe mantener una persistente atención sobre los intereses generales y las condiciones fácticas sobre las cuales actúan las personas en busca del bien común y de su propia satisfacción personal. De este modo, casi siempre se puede volver sobre sus pasos adoptando

---

<sup>37</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. “¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?.” Op. Cit.

decisiones y contra- decisiones que insten del modo más perfecto por la creación de aquellas condiciones sociales que permitan a todos los integrantes de la comunidad nacional la mayor realización espiritual y material posible, como lo indica el artículo 1.4 de la CPR.<sup>38</sup> Mientras que los Tribunales “ejercen una función reactiva tendente a solucionar una controversia jurídica, de orden temporal, con lo que declaran el derecho de cada parte litigante. Esa decisión está sujeta a un sistema de control posterior más o menos reducido, que se expresa en recursos procesales ordinarios (verbigracia, apelación) o extraordinarios (verbigracia, casación), a resultas del cual, en determinado momento, lo decidido por la judicatura adquiere una cualidad que jamás adoptan las decisiones administrativas. Esta es la fuerza de la cosa juzgada, que protege, antes que al juez, lo que él ha decidido.<sup>39</sup>”; (3) Asimismo, cuando un tribunal ejerce jurisdicción, puede controlar desde un punto de vista jurídico una decisión administrativa, pero jamás podrá la administración controlar la decisión de los jueces, no sin contradecir el principio de distribución de funciones; (4) Por último, “Los órganos administrativos, por regla general, no están organizados de tal

---

<sup>38</sup> Ibíd. P. 250.

<sup>39</sup> Ibíd. P. 250.

forma que les permita cumplir con funciones jurisdiccionales —conforme a un estándar mínimo propio de un Estado de Derecho—, pues les falta independencia, imparcialidad y ser inamovibles<sup>40</sup>”. Sin embargo, afirma el autor que en casos excepcionales ciertos órganos ejercen funciones jurisdiccionales, ya sea por que la Constitución o las leyes les han otorgado dicha característica.

El Tribunal Constitucional por otra parte, se ha referido a la materia y ha adoptado un concepto amplio de jurisdicción, al menos en lo referente a exigir un debido proceso en los procedimientos sancionatorios, dicha opinión queda de manifiesto en la sentencia en que declaró inconstitucional la facultad del Director del Servicio Electoral de imponer sanciones por rechazo de cuentas de gastos electorales, al no contemplarse “un procedimiento que permita al afectado una adecuada defensa a sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de sanciones que en cada caso se establecen”, resultando que “el legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en

---

<sup>40</sup> *Ibíd.* P. 251.

las situaciones que, de acuerdo a las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción”<sup>41</sup>. Asimismo, señaló que la exigencia contenida en el inciso 5° del numeral 3° del Artículo 19 de la CPR, “abarca procedimientos de todo tipo, en la resolución de asuntos tanto judiciales como administrativos, con reglas que señale la ley”<sup>42</sup>.

Como ya ha sido expuesto, el debate acerca de si es exigible la aplicación de la garantía de la CPR acerca del debido proceso, al procedimiento administrativo no es algo que esté del todo zanjado. No obstante, creemos para efectos de este trabajo que la garantía del debido proceso debe ser aplicable a los procedimientos administrativos, toda vez que no es concebible en un estado democrático de derecho, la existencia de un orden sancionatorio en el que los ciudadanos vean afectados sus derechos fundamentales sin que se asegure un proceso en el que se otorguen las debidas garantías que impedirán una decisión arbitraria. Creemos de igual forma que ese es el espíritu de la Constitución de 1980, la que en ningún caso quiso dotar al estado de mayores atribuciones, sino que por el

---

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional (2003) Rol 376-2003, considerandos 34° y 35°.

<sup>42</sup> Tribunal Constitucional (2007) Rol 808-2007, considerando 10°.

contrario, buscó disminuirlas y asegurar la preeminencia del individuo frente a esta.

### **5.2.6. Vulneración de la garantía del debido proceso por el proceso de expulsión.**

El procedimiento de expulsión tanto como cualquier otro procedimiento administrativo debe cumplir, a juicio de los autores de este trabajo y según lo señalado en los acápites anteriores, con la exigencia de un debido proceso tal como lo señala nuestra constitución.

Asimismo, creemos que atendido a que el Estado Chileno no puede desconocer los instrumentos internacionales que han sido ratificados, y que entre ellos se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, la que señala de manera explícita la exigencia de las llamadas garantías judiciales<sup>43</sup> y la protección judicial<sup>44</sup>, cuestiones que se aplican a todo tipo

---

<sup>43</sup> Artículo 8º de la CADH: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

de procedimiento, ya sea laboral, penal, civil o administrativo, según la misma CIDH lo ha señalado de manera expresa: “en cualquier materia,

---

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

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

<sup>44</sup> Artículo 25 de la CADH: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. de los derechos humanos, respectivamente.

inclusive en la laboral y administrativa la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso legal.”<sup>45</sup> La misma opinión ha sostenido la Corte en casos de juicios políticos (Caso del Tribunal Constitucional), peticiones individuales de clemencia (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros) y al proceso administrativo de cancelación de nacionalidad (Caso Ichver Bronstein vs. Perú).

Lo anterior implica entonces considerar que la Corte ha entendido que las garantías judiciales aplicables a procesos penales, deben ser aplicables a otros procesos distintos, en definitiva permitir “que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado

---

<sup>45</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas; párrafo 126.)

del Estado que pueda afectar sus derechos”<sup>46</sup>, siendo entonces de la opinión de la Corte que estas garantías judiciales se apliquen indistintamente a todo procedimiento sancionatorio.

Teniendo en cuenta esta doctrina y lo vinculante que resulta para nuestro estado, que si bien es soberano para determinar su política migratoria existen obligaciones que no puede obviar, a continuación revisaremos el proceso de expulsión a la luz de lo que la jurisprudencia de la CIDH ha entendido como debido proceso.

#### **5.2.6.1. Requisitos generales del debido proceso según la CADH y comparación con el proceso de expulsión.**

En este acápite revisaremos lo que en el artículo 8.1 de la Corte se establece como requisitos generales del debido proceso y se comparará con las instituciones del procedimiento de expulsión, estableciendo una especie de cedazo o filtro por el cual compararemos si se cumple con el estándar en el proceso en estudio.

A) Derecho a acceso a la justicia.

---

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ichver Bronstein vs. Perú, párrafo 102, 6 Febrero 2001

La redacción del artículo 8° comienza con “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías(...)”, esto tiene como significado que toda persona que es sujeto de un proceso sancionatorio tiene la facultad de dirigirse a los tribunales para “solicitar un pronunciamiento relativo a los derechos y obligaciones que han de determinarse”<sup>47</sup>.

Este derecho comprende tanto la necesidad permitir que el afectado sea escuchado en sus alegaciones, como también el derecho a tomar conocimiento de las pruebas que ejercerá la parte contraria y su exclusión, así como también la posibilidad de producir, ofrecer y exhibir pruebas en su oportunidad.

La misma corte es de la opinión de que esta garantía debe satisfacerse sin importar la condición del afectado, sea este ciudadano del país o inmigrante indocumentado, así ha razonado que “El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio (...) El amplio alcance de la intangibilidad del debido

---

<sup>47</sup> TORO JUSTINIANO, Constanza. “El debido proceso: Un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Santiago, Chile. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008. 61p.

proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna”<sup>48</sup>.

En el proceso de expulsión contemplado en la Ley de Extranjería, creemos no existe esta garantía o al menos esta no puede ser ejercida de manera completa y satisfactoria.

En primer lugar, y tal como ya fue expuesto al comienzo de este capítulo, el procedimiento de expulsión comienza con el conocimiento de la infracción por la PDI o Carabineros de Chile, quienes luego de tomar en cuenta los antecedentes los derivan al Ministerio del Interior, para que este haga efectivo el acto administrativo que terminará con la expulsión. Luego de proveído el decreto, se da la única oportunidad de solicitar su revisión por la Corte Suprema, por parte del afectado. En toda la tramitación del decreto administrativo no existe posibilidad alguna del afectado para ser oído por el órgano administrativo que decretará su expulsión. Tampoco se da la posibilidad de contrastar la versión otorgada por PDI o Carabineros, ni para aportar pruebas que permitan esclarecer la situación o plantear una teoría distinta a la ya presentada por las policías.

---

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Párr. 121 y 122, 17 de Septiembre de 2003.

Si bien el procedimiento de expulsión contempla la exigencia de un debido emplazamiento, la notificación ocurre una vez que ya ha sido decidido por el órgano la expulsión del migrante en situación irregular y esta tiene como efecto que comienza a correr el plazo para ejercer el derecho a revisión del decreto ante los tribunales superiores de justicia.

No existe entonces una oportunidad procesal en la que el afectado por la medida sancionatoria pueda ejercer su derecho a ser oído ante el órgano adjudicador, no al menos en los términos que establece la CADH, existiendo por lo tanto una falencia en esta garantía.

B) Ser juzgado en un plazo razonable.

La existencia de que se exija por la CADH el ser juzgado en un plazo razonable, radica en la garantía que se otorga a quien es imputado por un delito de que no se mantendrá sin conocer de la decisión por un tiempo excesivo, más aún si se encuentra sujeto a una medida cautelar, que podría derivarse incluso en la privación temporal de la libertad. Como bien señala el profesor Maturana “el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye un imperativo que en cuanto derecho humano se integra al proceso. Las dilaciones innecesarias atentan contra aquél. Desde esta

perspectiva, y utilizando otro aforismo, hemos de decir que "justicia demorada es justicia denegada"<sup>49</sup>.

En el procedimiento de expulsión contemplado en la Ley de Extranjería, no hay una referencia expresa a la existencia de una medida cautelar, no obstante creemos que las "medidas de control"<sup>50</sup> que pueden ser impuestas por las policías obedecen a la misma lógica de las medidas cautelares.

Las medidas de control a las que se hace referencia en la ley son: son la indicación de una localidad fija de permanencia obligatoria y la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial. Acerca del plazo de duración de estas medidas, no establece la ley límite alguno, sino que este queda a discreción de las policías ya que se establece que la localidad fija de permanencia obligatoria tendrá como duración "el plazo que se estime necesario" y en el reglamento se establece que "Estas medidas se adoptarán por el tiempo suficiente que permita al infractor regularizar su permanencia en el país, cuando sea procedente, y

---

<sup>49</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op cit. 424p.

<sup>50</sup> Ley de extranjería. Artículo 82.

según las circunstancias de las infracciones cometidas o se disponga la aplicación de las sanciones correspondientes”<sup>51</sup>.

Las medidas de control establecidas en la Ley de Extranjería, si bien pueden ser entendidas como medidas cautelares, adolecen de graves deficiencias si se las quiere comparar con características propias de ellas en un proceso, como son la temporalidad, la necesidad y la posibilidad de revisión o sustituibilidad, entre otras<sup>52</sup>. Es así como evidenciamos que ni siquiera es el órgano adjudicador quien decide la necesidad de estas medidas de control, sino que estas son adoptadas por la Policía de Investigaciones, sin posibilidad de ser revisadas por el Ministerio del Interior ya que no se contempla esta posibilidad en la legislación. Por otra parte, la temporalidad de la medida va a depender del tiempo que demore el Ministerio del Interior en dictar el correspondiente decreto de expulsión o que decida no hacerlo, cuestión que no está sujeta a plazo alguno en la legislación objeto de estudio.

Es evidente que estas medidas de control afectan garantías constitucionales como la libertad de desplazamiento que es consagrada en el

---

<sup>51</sup> Reglamento de Extranjería. Artículo 162.

<sup>52</sup> MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. Op cit. 429p.

artículo 19 n° 7, la que establece que "Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes", de manera tal que creemos si ha de existir una vulneración de una garantía constitucional, es necesario que al menos esta se justifique en un racional y justo procedimiento.

Por lo tanto, resulta claro que es posible criticar el proceso de expulsión a la luz de esta característica, ya que no se cumple con el estándar necesario de asegurar al sancionado el obtener conocimiento de su situación en un plazo razonable, ni tampoco se establece la temporalidad de las medidas de control cuando son impuestas.

C) Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, y establecido con anterioridad por la ley.

Si bien tratándose de un procedimiento administrativo, por las características propias del derecho administrativo sancionador, no es posible exigir la existencia de un tribunal compuesto por jueces, no es menos cierto que es deber de los órganos administrativos el propender a que las decisiones sobre estas materias deban ser tomadas por personal administrativo o policial especializado, que aseguren el adoptar una decisión motivada e imparcial. Asimismo, estos órganos adjudicadores

debieran tener responsabilidad ante a ley, sus superiores y organismos ajenos de control. De igual forma lo ha entendido la CIDH, la que ha dicho que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente” para la determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas”<sup>53</sup>, siendo esta concepción amplia entonces la que lo hace extrapolable al procedimiento administrativo.

Si analizamos el Decreto Ley 957 de 1984, nos encontramos con que el proceso de expulsión es llevado a cabo por dos instituciones que tiene como finalidad la seguridad del Estado, como son el Ministerio del Interior a través de su Departamento de Extranjería y Migración y la Policía de Investigaciones. A raíz de lo anterior “se puede concluir legítimamente que la autoridad considera a las migraciones como un problema de seguridad pública, con la estigmatización y criminalización consecuente a ello”<sup>54</sup>. No se trata entonces de órganos que sean independiente o imparciales, ya que

---

<sup>53</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional, 31 de Enero de 2001, párrafo 71.

<sup>54</sup> LÓPEZ BARTOLUCCI, Oriella. “Correr es mi destino por no llevar papel, Migrantes, su expulsión y debido proceso en Chile”. Memoria para optar al grado de Magister. Universidad de Chile, Santiago, 2012. 35p.

se trata de las instituciones que tratan el problema social de la migración como un problema de orden público. Asimismo, quienes efectivamente toman las decisiones son funcionarios administrativos pagados por estos mismos órganos, quienes actúan como juez y parte en las resoluciones. No se cumple tampoco con la existencia de una responsabilidad por parte de quien toma las decisiones, puesto que se trata de decretos que no son sometidos a la apreciación de la Contraloría General de la Republica.

Por estas características es que consideramos que se vulnera también esta garantía.

#### D) Las “debidas garantías”

La CADH en su artículo 8.1 señala que “Toda persona tiene derecho a ser oída, **con las debidas garantías(...)**”, lo que puede ser tomado como una válvula de escape que tiene el instrumento internacional, para permitir una flexibilidad en el catálogo de garantías que se entienden como propias de un debido proceso. Luego en el mismo artículo, pero en el n° 8.2, se establecen los derechos que tiene toda persona que es sujeto de una imputación penal, cuestión que podría interpretarse como restrictiva de ese tipo de proceso, por lo que evitaremos referirnos a cada una de ellas como garantías que deben existir en todo proceso sancionatorio, considerando

también que todas ellas son propias de un modelo acusatorio y que en este caso nos encontramos con un modelo de corte inquisitivo, por lo que probablemente nos encontraríamos con que ninguna de las garantías exigidas por la CADH se encontraría presente en el proceso de expulsión.

Consideraremos entonces para su análisis comparativo, sólo aquellas garantías que los autores creemos indispensables para un proceso como aquel que es objeto de estudio, donde en definitiva debe transitarse desde un modelo que sólo considera al migrante como objeto de sanción, a uno que lo entienda como sujeto de derechos que deben ser respetados por el Estado.

#### D.1) Información, traducción e interpretación.

En nuestra legislación actual, no se cuenta con la obligación de notificar e informar al migrante que es objeto del proceso infraccional, de la existencia del mismo en algún idioma que sea manejado por el infractor. Si bien esta necesidad no parece ser decisiva en un país donde la mayoría de los migrantes proviene de países de la región, con los que se comparte el idioma, creemos que se tratará de una cuestión cada vez mas urgente, tomando en cuenta la existencia actual de migración proveniente de países como Haití o Palestina.

El hecho de que no se requiera de un intérprete durante la existencia del proceso, ni tampoco durante la notificación de la resolución final, se traduce en una tremenda indefensión para la persona que es sujeto de un proceso infraccional, dado que no podrá conocer el contenido de la resolución final que determina su expulsión, y verá además dificultada la posibilidad de ejercer su derecho de revisión del decreto al no poder comunicarse en nuestro idioma.

#### D.2) Representación Legal.

No se establece en el proceso sancionatorio de expulsión, el derecho a contar con representación legal. No se otorga este derecho ni aún cuando se restringe la libertad de forma temporal, como es el caso de la aplicación de medidas de control por parte de las policías.

Esta falta de asistencia de letrado tiene como una de sus consecuencias, la mayor dificultad para ejercer las posibilidades de impugnación del decreto de expulsión, toda vez que se cuenta con 24 horas para reclamar ante la Corte Suprema, lo que parece ser aún más complejo cuando no se cuenta con asesoría legal adecuada que permita argumentar a favor del inmigrante.

#### D.3) Posibilidad de revisión judicial.

La Ley de Extranjería y su Reglamento establecen la posibilidad de revisión de los decretos de expulsión. No obstante, esta es limitada a ciertas expulsiones y además el plazo para recurrir es uno de los más cortos existentes en nuestra legislación.

Tanto el artículo 89 de la Ley como el 167 del Reglamento, establecen la posibilidad de reclamar judicialmente del decreto de expulsión ante la Corte Suprema, en un plazo de 24 horas desde que este hubiese sido notificado. No obstante, esta posibilidad de revisión judicial sólo es aplicable a los extranjeros que sean titulares de un visado distinto al de turismo, ya que quienes sean expulsados en su calidad de turistas, la decisión corresponde al gobernador o al intendente y se dispone por resolución exenta de toma de razón, la que no es reclamable en los términos de nuestra legislación migratoria.

Por lo tanto, la posibilidad de revisión judicial se encuentra limitada en dos sentidos; en el primero de ellos, por que no aplica a la totalidad de los casos; y en segundo término, por que se otorga un plazo muy exiguo, de apenas 24 horas para reclamar en forma fundada ante los tribunales de mayor jerarquía de nuestro país.

Visto lo anterior es que consideramos que el proceso de expulsión vulnera gran parte del catálogo de garantías que la CADH establece como mínimas para todo procedimiento, derecho que también se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política de la República.

### **5.3. Infracción a la prohibición de la doble incriminación**

La existencia de una posible infracción a este principio general del derecho que se conoce también como *non bis in idem*, fue evidenciado por la Corte de Apelaciones de Santiago, en una sentencia que fue posteriormente confirmada por la Corte Suprema<sup>55</sup>, donde se recurrió de amparo a favor de un inmigrante que estaba siendo expulsado por haber sido condenado anteriormente por tráfico de drogas.

El razonamiento de la Corte, que será estudiado con mayor detalle en su oportunidad, establece a grandes rasgos que habiendo sido una persona condenada penalmente, en este caso una condena por tráfico de drogas, no puede luego ser sancionada administrativamente por el mismo hecho, sin

---

<sup>55</sup> Sentencia Rol 1.244-2013, pronunciada por la décima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, redactada por el ministro Carlos Cerda. Confirmada por la sentencia Rol 5212-2013, pronunciada por la segunda sala de la Corte Suprema, con dos votos disidentes; unos por el ministro Alfredo Pfeiffer y otro por el abogado integrante Jorge Barahona.

vulnerar la prohibición de doble incriminación que rige en todo estado de derecho.

Lo anterior, implica entonces referirnos al debate que existe y ha existido desde antiguo en la doctrina penal, acerca de cual es la naturaleza de la sanción administrativa, cual es la diferencia que existe con la pena del derecho penal y si la sanción de un mismo hecho bajo ambos órdenes implica una infracción al principio en estudio.

### **5.3.1 Recepción constitucional de la garantía.**

La prohibición de doble incriminación más que una garantía constitucional corresponde a un principio general del derecho, representado como una prohibición al comportamiento de un Estado cuando “ha decidido intervenir y castigar un determinado hecho, atacando por dos flancos al encausado, (...) manifestando una de sus peores expresiones de codicia y arbitrariedad<sup>56</sup>”. Configura igualmente un derecho fundamental, susceptible de amparo constitucional, ya que es una manifestación del principio de legalidad y en conexo con el principio de proporcionalidad, así como el de

---

<sup>56</sup> CASTILLO VERA, Francisco. “Vulneración del principio *Non Bis In Idem* en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Santiago, Microjuris Boletín N° MJD321, 2009. 6p.

presunción de inocencia. Lo anterior porque “Cada vez que el Estado decide atacar al sujeto dos veces por la ocurrencia de un mismo hecho, desconoce que la sanción que se impone al sujeto debe ser proporcionada a la gravedad del delito, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetos político criminales perseguidos, porque cuando castiga doblemente un comportamiento, lo que uno interpreta del Estado es, que no calculó correctamente la primera sanción, y que por ende le queda espacio para seguir castigando al individuo sin que todavía la pena impuesta sea desproporcionada. Semejante razonamiento es inaceptable y genera un nivel de incertidumbre jurídica peligroso en un Estado de Derecho”<sup>57</sup>.

En la tradición del derecho penal europeo-continental, el *non bis in idem* opera en dos fases, tal como ha señalado el profesor Mañalich: “se identifica con la conjunción de un estándar sustantivo de aplicación jurisdiccional de normas de sanción penal y un estándar de clausura procesal<sup>58</sup>”. En el primer sentido, como estándar de adjudicación, corresponde a la prohibición impuesta a valorar de manera múltiple un

---

<sup>57</sup> *Íbid.* Pp. 8-9.

<sup>58</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. El principio Ne Bis In Idem en el derecho penal chileno. Santiago, Revista de Estudios de la Justicia, n° 15, 2011. 140p.

mismo hecho como forma de fundamentar judicialmente la sanción a aplicar a una misma persona. En el segundo sentido, como estándar de clausura procesal, implica la prohibición de juzgamiento de un hecho existiendo ya otro juzgamiento relativo al mismo hecho.

En nuestra legislación el principio del *non bis in idem* no aparece recogido de manera expresa en la Constitución, no obstante la posibilidad de entenderlo existente a través de la derivación de otros principios constitucionales, es posible invocarlo a través de tratados internacionales. En nuestro país, son vinculantes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>59</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>60</sup>. Es importante destacar que ambos instrumentos internacionales sólo se limitan a consagrar este principio en su dimensión de clausura procesal, sin referirse en su texto a la dimensión sustantiva del principio. A nivel legal se encuentra consagrado en el principio de “única persecución”, en el art. 1º del Código Procesal Penal chileno, que vuelve eficaz la prohibición de dos

---

<sup>59</sup> Artículo 14 n° 7: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme (...)”.

<sup>60</sup> Artículo 8 n° 4: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

o más juzgamientos sucesivos, constituido por la excepción de *litis pendencia*.

Ahora, para entenderlo contenido como parte de los principios de nuestra Constitución, los esfuerzos interpretativos en ordenamientos como el nuestro o el español han seguido el camino de entenderlo como manifestación de otros principios constitucionales, entre ellos el de mayor importancia, el principio de legalidad<sup>61</sup>. De tal forma que el principio del *non bis in idem* se encontraría contenido en la disposición constitucional del Art. 19 n° 3, así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando ha sostenido que el *non bis in idem* “configura una garantía individual innominada, originaria del Derecho Natural y cuyo sustento se halla en el debido proceso legal exigido por el No 3 del artículo 19 de la Constitución Política nacional y en la idea de que al admitirse una

---

<sup>61</sup> Con mayor desarrollo en CASTILLO VERA, Op. Cit y en NAQUIRA RIVEROS, Jaime, IZQUIERDO, Cristóbal, VIAL, Paula y VIDAL, Víctor. “Principios y penas en el derecho penal chileno”. Universidad Católica de Chile, Santiago, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2008.

segunda condena por la misma infracción se produce una manifiesta desproporción entre la falta y su castigo”<sup>62</sup>.

Visto lo anterior, es necesario preguntarse si es posible considerar que se vulneraría el principio del *non bis in idem*, cuando ante un mismo hecho se aplica una sanción administrativa y al mismo tiempo una sanción penal, aún cuando todavía se discute de la naturaleza de la sanción administrativa y si esta puede o no asimilarse a una pena como lo entiende el código penal. Esto no deja de tener una gran vigencia a raíz de las mayores potestades sancionadoras que se han entregado últimamente a órganos de la administración que se encargan de regular ciertos sectores de actividad, como es el caso de la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia de Medio Ambiente, las que podrían llegar a sancionar conductas que a su vez impliquen un ilícito penal.

### **5.3.2. Naturaleza de la sanción administrativa.**

Como ya nos hemos referido en otras secciones de este capítulo, el *ius puniendi* estatal, como instrumentos de protección de ciertos bienes que se consideran valiosos para la vida en comunidad, cuenta no sólo con las

---

<sup>62</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2009, rol n° 169, considerando 7°.

penas propias del derecho penal, sino también con las sanciones administrativas. Estas sanciones corresponden a aquellas que son impuestas por la administración, siendo esta independiente tanto desde un punto de vista procesal, ya que las sanciones son impuestas por un órgano administrativo, con prescindencia de la intervención de los tribunales de justicia, o desde el punto de vista material en atención a que protege bienes jurídicos que afectan directamente a la administración o que por hallarse vinculados la afectan de manera directa.

Ahora, lo que resta por determinar, es si efectivamente las sanciones administrativas pueden o no considerarse una pena, siguiendo la denominación que otorga nuestro Código Penal, o si por el contrario es posible establecer un criterio que las diferencie ontológicamente.

Nuestro código penal establece en su artículo 20, lo siguiente: “**No se reputan penas**, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, **ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus**

**subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.”** (lo destacado es nuestro).

La doctrina nacional por su parte ha seguido distintas interpretaciones a partir del artículo recién citado, por una parte Eduardo Novoa, apegado al texto de la ley ha afirmado que las sanciones administrativas no son penas<sup>63</sup>. Mientras que Cury ha seguido el camino distinto, argumentando de manera sólida el por qué deben entenderse las sanciones administrativas como penas. Así, ha dicho respecto de la redacción del artículo 20 del CP, que: “el empleo del verbo reputar en el encabezamiento de la norma subraya el carácter artificioso de la distinción, pues significa que no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son”<sup>64</sup>, si el legislador, hubiese considerado esas reacciones jurídicas como cualitativamente diferentes de la pena criminal, el precepto legal lo habría consignado mediante la expresión “...no son penas” u otro análogo. Para Cury, la diferencia entre una pena penal y una administrativa, es simplemente

---

<sup>63</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. “Curso de Derecho penal chileno”. 3a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, P. 39.

<sup>64</sup> CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. 8a ed., Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, P. 107.

cuantitativa<sup>65</sup>. Entre la sanción penal y la sanción administrativa “(...) sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significado ético-social reducido, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la pena penal.<sup>66</sup>” Pero en ningún caso podríamos estar refiriéndonos a un orden punitivo distinto al único que tiene el Estado, porque cuando este impone penas administrativas lo hace por tratarse de conductas que considera de menor reproche y que pueden ser sancionadas con mayor celeridad por un órgano distinto a los tribunales de justicia.

En definitiva, creemos que la única diferencia entre la pena administrativa y la pena penal, es de carácter cuantitativo, tratándose entonces ambas de penas propiamente tales, por lo que se hace exigible para su imposición la garantía de los derechos fundamentales de toda defensa en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador, incluida la presunción de inocencia del encausado, sin perjuicio de reconocer que dicho procedimiento ha de ser más expedito en su tramitación y resolución.

---

<sup>65</sup> Íbid. 106p.

<sup>66</sup> Íbidem.

### 5.3.3. Infracción del *non bis in idem* por la expulsión administrativa.

Si entendemos que tanto la sanción administrativa como la pena del derecho penal son especies del mismo género, como formas de sanción del poder punitivo del Estado, y que su diferencia no es más que cuantitativa, siguiendo la doctrina de los profesores Náquira, Vial e Izquierdo “en la medida de que el ilícito administrativo o civil y el ilícito penal mantengan identidad de sujetos, hecho y fundamento, parece más fácil justificar que se está frente a una violación al principio del *non bis in idem* ya que se estaría sancionando dos veces por el mismo hecho cometido<sup>67</sup>”.

Ahora, para entender como podemos ver la existencia de esta vulneración en la aplicación de la sanción administrativa de expulsión es necesario atender a los presupuestos del *non bis in idem*, a modo tal de conocer en que casos es aplicable la prohibición, para luego contrastarlo con un ejemplo propio de la aplicación de la Ley de Extranjería.

La aplicación en lo sustantivo del *non bis in idem*, implica que los mismos hechos no pueden servir de fundamento para la imposición de dos sanciones distintas, lo que deriva en la prohibición de que a un sujeto le sea

---

<sup>67</sup> NÁQUIRA, Jaime, IZQUIERDO, Cristóbal, VIAL, Paula y VIDAL, Víctor. Op. Cit.

impuesta una doble sanción penal, o una sanción penal y otra administrativa, o dos sanciones administrativas, por que de hacerlo se estaría lesionando el derecho fundamental contenido en el principio de legalidad. Los presupuestos de aplicación del principio *non bis in idem*, exigen una triple identidad: del hecho, del sujeto y de fundamentos.

Cuando nos referimos a la identidad del hecho, hacemos referencia a aquellos casos en que “el tipo del delito que explica la pena penal, es el mismo conjunto de presupuestos objetivos y subjetivos exigidos para la imposición de una pena administrativa”<sup>68</sup>.

Respecto de la identidad de sujeto, no haremos referencia a las dificultades que pueda tener la identidad en cuanto personas jurídicas, toda vez que nuestro estudio se cierra a la sanción administrativa de expulsión que aplica exclusivamente a las personas naturales. Por lo tanto, lo importante es señalar que la identidad de sujeto se dará independiente de la calidad especial que el tipo penal señale para el sujeto activo.

Por último, respecto a la identidad de fundamento, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que con esto se hace referencia a los bienes jurídicos tutelados por las respectivas normas, de manera que, la

---

<sup>68</sup> CASTILLO, Francisco. Op. cit. P. 13.

divergencia de intereses protegidos podría dar lugar a una doble sanción sin vulneración del principio *non bis in idem*<sup>69</sup>.

Para ilustrar la manera en que creemos puede verse vulnerado este derecho fundamental, utilizaremos el siguiente ejemplo: Un migrante de nacionalidad argentina que se encuentra con su visa de trabajo vigente, es sorprendido realizando una transacción de droga de pequeñas dosis. A raíz de ese hecho es condenado por el delito de microtráfico de drogas, previsto y sancionado en el artículo 4° de la ley 20.000. Luego de ser condenado, el Ministerio del Interior lo sanciona administrativamente con la expulsión, fundándose en la causal del artículo 15 n° 2 y la facultad otorgada en el artículo 17 de la Ley de Extranjería. En este caso, si atendemos a que se trata del mismo hecho, el tráfico ilícito de estupefacientes, el mismo sujeto y el mismo fundamento, ya que se atiende a un bien jurídico similar en ambos casos, es que nos encontramos entonces con una vulneración al principio de la prohibición de doble incriminación puesto que se trataría de la imposición de una sanción administrativa y una penal en contra del mismo sujeto.

---

<sup>69</sup> CASTILLO, Francisco. Op. cit. P.16.

#### **5.4. Afectación del derecho a la libertad personal.**

El art. 19 N ° 7 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, agregando en su letra b) que “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta, restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”, lo que debe entenderse a la luz de los Tratados Internacionales relativos a esta materia, como lo dispone el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias.

En un sentido similar el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención) declara que “7.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”; y que, “7.2 Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Que, por dichas normas, deben entenderse las del artículo 19 N° 7 de la Constitución, ya citada, 5, 9, 26, 33, 93, 122 y siguientes del Código Procesal Penal, entre otras.

Que, a este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para efectos de interpretar y desarrollar el contenido del artículo 7.2 de la Convención, ha declarado en numerosos casos<sup>70</sup> que: “nadie puede verse privado de su libertad personal sino **por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley** (aspecto material), pero además, **con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma** (aspecto formal)”. (Lo destacado es nuestro).

Tal como lo sostiene el profesor Nogueira<sup>71</sup> “de acuerdo al bloque constitucional de derechos debe diferenciarse la libertad personal asegurada genéricamente en el encabezamiento del artículo 19 N° 7 de la libertad de circulación, ambulatoria o locomoción afirmada específicamente en el literal a) de la misma disposición constitucional”. En efecto, esta libertad ambulatoria, que se refiere a la proyección espacial de la persona, tiene su

---

<sup>70</sup> Gangaram Panday contra Suriname, sentencia de 4 de diciembre de 1991; Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Cesti Hurtado contra Perú, sentencia de 29 de diciembre de 1999; de los “niños de la calle” –Villagrán Morales y otros- contra Guatemala, sentencia de 19 de diciembre de 1999; Juan Humberto Sánchez contra Honduras, sentencia de 27 de noviembre de 2003; Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004; entre otros

<sup>71</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La Libertad Personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, 2002. 163p.

contenido determinado en la mencionada norma: “Toda persona tiene derecho a residir y a permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre perjuicio de terceros”.

Esta norma tiene concordancia con el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Siguiendo al profesor Nogueira, el derecho de libertad ambulatoria tiene a su vez una dimensión interna, que habilita a un sujeto a trasladarse de un lugar otro y permanecer en él, dentro del territorio de la República, y otra externa, que habilita para entrar y salir del país. Similar interpretación mantiene el profesor Silva Bascuñan quien expone que la libertad personal “comprende la completa independencia que cabe reconocer a cada persona para actuar o no, o para realizar su actividad en uno u otro sentido. Involucra especialmente la libertad de movimiento, de actividad o física,

que posibilite a la persona buscar la realización de su objetivo”<sup>72</sup>, argumentando en definitiva que la libertad de locomoción o ambulatoria es consecuencia y expresión de la libertad personal. La privación de libertad ambulatoria consiste entonces, en que una persona se ve coaccionada a actuar contra su voluntad, afectando su autodeterminación y su libertad ambulatoria por un tiempo significativo, por ejemplo, siendo expulsada del país donde reside.

Las normas del bloque constitucional que regulan este derecho, establecen una reserva legal para sus limitaciones. Es decir, como todo derecho, el de libertad ambulatoria puede ser restringido, pero bajo condición de que lo sea de acuerdo a una norma con un determinado rango: la ley. En atención a esta materia, el profesor Evans de la Cuadra ha mencionado que “Debe tenerse presente que al hablar la Constitución de privación o restricción de la libertad personal se está refiriendo a todo acto de autoridad que conculque los derechos de permanencia en cualquier lugar del país, de viajar por él, de cambiar de residencia, de salir y entrar al territorio nacional y, en general, que coarte el derecho de vivir en libertad y,

---

<sup>72</sup> SILVA BASCUÑAN, Alejandro. “Tratado de derecho constitucional”. Segunda edición, Volumen XIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994. 17p.

por lo tanto, la detención, la radicación obligatoria, expulsión de un lugar o del país y, en general, las medidas de destierro, relegación, confinamiento y extrañamiento sólo pueden imponerse en los casos y con las exigencias formales y sustantivas de un justo y racional proceso regulado por la ley, desde su comienzo hasta la sentencia final”<sup>73</sup>.

#### **5.4.1 Control de la ilegalidad y arbitrariedad en el decreto de expulsión.**

Si bien la Ley de Extranjería y el Reglamento contemplan facultades de la autoridad para regular el tránsito de los extranjeros, dentro y fuera del país, de conformidad con el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política que consagra y garantiza el derecho de libertad de movimiento, la autoridad no puede actuar fuera de los marcos de dicha normativa, porque entonces también se encontraría vulnerando el ordenamiento jurídico nacional.

De acuerdo a la normativa ya analizada, el Ministerio del Interior se encuentra legalmente facultado para decretar la expulsión de un extranjero que se encuentre en las causales especificadas en la Ley y el Reglamento de Extranjería. No obstante lo anterior, estos actos administrativos de

---

<sup>73</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. “Los derechos constitucionales”. 3ª edición, Santiago, Chile, Editorial jurídica de Chile, 2004. 180p.

expulsión no pueden adolecer de racionalidad ni tampoco ser arbitrarios, por tratarse de una restricción a derechos fundamentales reconocidos en la constitución.

#### **5.4.2. Sobre el control de los actos administrativos discrecionales.**

El decreto de expulsión por el cual se impone la expulsión a un extranjero, corresponde a una resolución de autoridad que comparte los elementos propios de un acto administrativo, correspondiéndole al Ministerio del Interior la facultad de resolver sobre la permanencia de extranjeros en el país, y decretar su expulsión, conforme a lo establecido en el artículo 17 del Decreto Ley 1094. No obstante, como ha quedado dicho, aunque una facultad quede reservada a una autoridad, esto no quiere decir que la misma pueda actuar de manera arbitraria, y debe siempre fundarse en la justicia y la racionalidad. Como dice el profesor Cordero: “La arbitrariedad justificada en el ejercicio de supuestas potestades discrecionales no es sino la justificación de lo antijurídico, pues todo lo arbitrario es ilegal y contrario a Derecho”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “Informe en Derecho: el control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”. En biblioteca interna de la Defensoría Penal Pública, División de Estudios. 2009, 34p.

El legislador revistió a la autoridad administrativa de amplias facultades en relación con los extranjeros, las que incluso en el caso del procesamiento habilitan a la autoridad a expulsar al extranjero sometido a tal condición. Sin embargo, esta facultad no puede extenderse hasta el extremo de afectar los derechos de personas en base a un fundamento arbitrario.

En efecto, podemos afirmar que potestad discrecional no es igual a ejercicio arbitrario de esa potestad. La potestad discrecional es una potestad no reglada, no sujeta a reglas formales, pero siempre debe ser razonable, por tanto, motivada en la adopción de un acto. En efecto, en el ámbito administrativo es posible distinguir actos administrativos que responden a la potestad reglada y aquellos que los hacen a la potestad discrecional. Siguiendo nuevamente al profesor Eduardo Cordero: “Se sostiene que una potestad es reglada cuando todos y cada uno de sus elementos están determinados *a priori* por el legislador, de manera que la Administración debe constatar su concurrencia para poder ejercerla, sin poder hacer ningún tipo de apreciación o consideración al margen de lo previsto por la ley. Por su parte, la potestad discrecional es aquella en que uno o más de sus elementos quedan entregados a la apreciación del propio órgano

administrativo, el cual puede optar válidamente por dos o más posibilidades de actuación”<sup>75</sup>.

Si bien por largo tiempo se consideró que el ejercicio de las potestades discrecionales no podía ser objeto de revisión judicial, transformándose en un verdadero espacio de inmunidad de la Administración, esta concepción ha sido claramente superada; “Por tal razón, tanto la doctrina y la jurisprudencia comparadas han desarrollado una serie de mecanismos para controlar las potestades discrecionales”<sup>76</sup>. Se ha considerado en este sentido que, si bien los actos administrativos que se ejercen en virtud de la potestad discrecional son actuaciones exentas de mayores formalidades, sí están sujetas a ciertos elementos que deben contener o cumplir y que pueden –y deben- ser controlados por los órganos jurisdiccionales. Así, según el esquema clásico de control de la discrecionalidad, se considera que el ejercicio de dicha potestad a lo menos debe originarse en la existencia de dicha potestad o competencia, lo que se

---

<sup>75</sup> Ibid. 33p.

<sup>76</sup> Ibid. 34p.

conoce como los elementos reglados; los hechos determinantes; el fin de la potestad; y los principios generales del derecho<sup>77</sup>.

Doctrinas modernas además agregan como elementos al esquema clásico de control, los siguientes; a) el error manifiesto de apreciación; b) el recurso a la razonabilidad de la decisión<sup>78</sup>; c) la aplicación del principio de proporcionalidad: correspondiente a una “adecuación entre los medios empleados en el acto que se dicta y la finalidad perseguida por el mismo”<sup>79</sup>; y d) la motivación de los actos discrecionales.

No nos referiremos en este apartado a la ya conocida discusión planteada en la doctrina española acerca del control judicial de la potestad discrecional. Nos limitaremos a enunciar que se reduce a que “mientras GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ sostienen que no hay aspectos de las decisiones administrativas exentas del control judicial, con la posibilidad, inclusive, de sustitución por los jueces. Otros juristas afirman

---

<sup>77</sup> BERMUDEZ SOTO, Jorge. “El control de la discrecionalidad administrativa”, Valparaíso, 1996, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XVII). 278p.

<sup>78</sup> Se plantea que corresponde al “test” de razonabilidad, el determinar si la decisión es irracional, que es aquella que carece de toda justificación y corresponde a un mero capricho o voluntad del funcionario encargado de su dictación.

<sup>79</sup> BERMUDEZ SOTO, Op. Cit. 280p.

que existen determinadas zonas inmunes a dicho control y rechazan la posibilidad de que el juez pueda sustituir la actividad de la administración”<sup>80</sup>. Además de evitar exponer esta discusión, adoptaremos como doctrina válida para este trabajo la sostenida por García de Enterría, la que sea ha expandido de buena forma por hispanoamérica y es la que entendemos han adoptado nuestros tribunales al conocer de los recursos de amparo que se han planteado en estas materias, tal como se conocerá en el capítulo referente al análisis de jurisprudencia.

Ahora, la racionalidad del acto administrativo puede considerarse ya sea como un elemento independiente susceptible de control en un acto administrativo, o ya sea como un matiz reconducible a alguno de los elementos del esquema clásico antes nombrado. De todas formas, los presupuestos de hecho que fundamentan la decisión discrecional deben eliminar toda posible arbitrariedad, debiendo tener méritos suficientes para su justificación. De ahí entonces que no es de nuestra opinión que la expulsión de migrantes en situación irregular sea *per se* arbitraria o ilegal, pero sí puede tornarse atentoria contra esta garantía en aquellos casos en

---

<sup>80</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “La discrecionalidad administrativa”. 2008. [en línea] < <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones.htm> > [consulta 14 de febrero 2014]

que la decisión sea irracional o arbitraria, cuando no se tomen en cuenta los elementos de hecho que rodean a la situación del migrante, como puede ser su arraigo o los vínculos familiares que éste tenga, o la proporcionalidad de la medida en aquellos casos que se vale de conceptos indeterminados para justificar la expulsión como “actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”<sup>81</sup>. De igual forma, el acto puede tornarse ilegal en aquellos casos en que por la propia aplicación de la Ley de Extranjería vulnere el debido proceso, transformando el ejercicio de la facultad de expulsión en un acto cuasi tiránico en contra de ciudadanos extranjeros.

---

<sup>81</sup> Corresponde a parte del texto de la causal N° 2 del Artículo 15 del DL 1.094.

## **Capítulo 6. Análisis de jurisprudencia.**

Habiendo analizado el procedimiento de expulsión y sus posibles consecuencias en cuanto a infracción de garantías constitucionales, es necesario ahora tomar en cuenta cuál ha sido la posición de nuestro tribunales cuando han conocido de las mismas materias. En este sentido, serán analizados fallos de distintas Cortes de Apelaciones de nuestro país, las que conociendo de acciones de amparo constitucional han debido decidir acerca de la adecuada aplicación de la potestad sancionatoria de la administración y si esta ha vulnerado garantías constitucionales. Asimismo, serán analizadas algunas reclamaciones ante la Corte Suprema, como medio para impugnar los decretos de expulsión que provienen del Ministerio del Interior.

Para dar una sistematización a este análisis, nos referiremos a opiniones puntuales que la Corte ha otorgado acerca de materias de interes para este trabajo, como: proporcionalidad y racionalidad en el decreto de expulsión, debido proceso y presunción de inocencia en el decreto de expulsión, infracción a la prohibición de doble incriminación, presunción de inocencia y debido proceso y también acerca de la privación de la libertad individual en el procedimiento de expulsión.

## 6.1 Proporcionalidad y racionalidad en el decreto de expulsión.

Acción	Amparo
ROL	1091-2013
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Caratulado	Olachea Conisilla Raul con Ministerio del Interior y Seguridad Pública.
Fecha	02/07/2013

Resumen del caso: El ciudadano peruano de nombre Raúl Moises Olachea Conisilla residente en Chile de manera definitiva por resolución exenta N° 2310 de fecha 24 de agosto de 1998, quien fue condenado a 41 días de prisión en su grado máximo por dos infracciones a la ley de propiedad intelectual por sentencia de 28 de junio de 2006. Posteriormente se inició un proceso en su contra por el delito de hurto, el año 2010, el que terminó por acuerdo reparatorio.

El Ministerio del Interior expulsó al ciudadano peruano mediante el decreto N° 140 de 24 de febrero de 2010, el que no le fue notificado, fundando la expulsión en la causal dispuesta en el artículo 17 en relación con el artículo

15 n° 2 ambos de la Ley de Extranjería, en definitiva por “ejecutar actos contrarios a la moral o las buenas costumbres”.

El amparo solicita que la expulsión se deje sin efecto por afectar ilegal y arbitrariamente el derecho a la libertad personal, por que las normas del DL 1.094 de 1975 de Extranjería no son aplicables en este caso.

Argumentación relevante de la Corte:

Considerando Séptimo: ”Que, salvo en aquellos casos claramente tipificados en la norma del artículo 15 N° 2, la apreciación de los hechos como atentatorios contra la moral y las buenas costumbres, debe hacerse racionalmente y, compatibilizándola además, con los derechos fundamentales del individuo. Por lo tanto, en este escenario, la autoridad debe hacer un ejercicio de evaluación de la conducta que sirve de causa a la expulsión, que dé cuenta de su gravedad e inconveniencia social, que la hagan susceptible de rechazo para permanecer en el país, lo que implica ponderar los antecedentes delictuales del amparado, teniendo en cuenta la identidad de los delitos que justifican la expulsión, en armonía además con aquellos otros que el mismo legislador define y cuya gravedad merece toda consideración.”

Considerando Octavo: “(...) el tipo penal que le sirve de antecedente es un simple delito, no constituyendo ninguno de aquellos que se identifica en el artículo 15 N° 2 del DL 1094/75 y no se trata de un hecho cuya gravedad y consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo e inconveniencia de su permanencia en el territorio nacional, aspectos que llevan a concluir que no se advierte que los hechos que se imputan como casual de expulsión de Raúl Olaechea sea suficientes para calificarlo como atentatorio a la moral y a las buenas costumbres. Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y en los artículos 21 y 64 del DL N° 1094 de 1975 de Extranjería, se acoge el recurso de amparo.”

Acción	Amparo
ROL	2373-2013
Tribunal	Corte Suprema
Caratulado	Diego de Oliveira Maia contra Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional, Intendencia Regional Metropolitana.

Fecha	22/04/2013
-------	------------

Resumen del caso: La acción se fundamenta en que por Resolución Exenta 2416 de 23 de octubre de 2012 se emitió orden de expulsión del país en contra del amparado, sin que exista fundamento razonable para ello.

Señala que el amparado ingresó al país el 22 de octubre de 2008, con visa de turista con el objetivo de visitar a familiares. Sostiene que se presentó a dependencias de la PDI el viernes 20 de febrero de 2013, con el objeto de regularizar su situación y en ese lugar se le informa del decreto de expulsión dictado en su contra. Desde aquel día quedó privado de libertad hasta el 9 de marzo de 2013.

Con posterioridad a consecuencia de la resolución dictada por la Novena Sala de esta Corte en Rol N° 351-2013, que con fecha 9 de marzo del presente año acogió recurso de amparo interpuesto a favor de 17 inmigrantes, incluido él, recuperó su libertad.

Sostiene que el citado decreto afecta la libertad personal y seguridad individual de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República y que el acto administrativo que decreta la expulsión sólo le fue informado el día de su detención sin que

tuviera ninguna oportunidad previa para defenderse lo que contraviene lo dispuesto en la Ley N° 19.880, sobre bases de procedimiento administrativo y al principio de proporcionalidad en cuanto se le impone la sanción mas grave del sistema migratorio, lo que transforma dicho acto en arbitrario.

El amparo fue rechazado. Se apeló de este y la Corte Suprema revocó la resolución de la ICA de Santiago.

Argumentación relevante de la corte:

Considerando 3°: “Que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.”

Considerando 4°: “Que atendiendo a estas circunstancias, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones denunciadas. Por una parte, la imputación de haber participado en un delito de robo sustentada únicamente en la existencia de un parte policial que da cuenta de su detención, lo que no logra desvirtuar la presunción de

inocencia que le ampara. Por otro lado, en lo que concierne a la situación migratoria irregular que inequívocamente el amparado pretende regularizar, no ha sido respondida por la autoridad correspondiente.”

Acción	Reclamación por expulsión
ROL	400-2013
Tribunal	Corte Suprema
Caratulado	Fali Leiva Falinich
Fecha	23/01/2013

Resumen del caso: La amparada Fali Milagros Leiva Falinich, de nacionalidad peruana, dedujo recurso de reclamación, contra el Decreto N° 119, de 24 de febrero de 2009, notificado el 14 de enero de 2013, el cual dispone su expulsión del territorio nacional.

Expresa que ingresó al país el 7 de febrero de 2007 junto a su pareja y su hija, quienes actualmente cuentan con visa definitiva. El 13 de octubre de 2012 nació su segundo hijo, de nacionalidad chilena.

El 12 de julio de 2007 fue condenada como autora del delito de hurto simple por el Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago,

concediéndosele el beneficio de la remisión condicional de la pena, la que cumplió íntegramente.

Posteriormente inició la tramitación correspondiente a efectos de obtener el beneficio establecido en el DL 409, firmando durante dos años ante la autoridad de Gendarmería de Chile, no obstante lo cual el citado beneficio fue rechazado “por no contar con Rut”. A partir de este año 2013 se acercó a Policía de Investigaciones para dar cuenta de su situación migratoria irregular, comenzando a firmar en el Departamento de Policía Internacional y Migración de la Policía de Investigaciones.

Actualmente se dedica a labores del hogar, especialmente al cuidado de sus dos hijos menores de 7 años y de 2 meses.

Sostiene que el decreto de expulsión que impugna se funda en el artículo 17 en relación al artículo 15 N° 2 del DL 1094, en circunstancias que esta última norma no resulta aplicable toda vez que la conducta que se le atribuye no reviste la gravedad que el precepto contempla, pues se refiere a delitos de mayor entidad que el de hurto por el que fue sancionada.

Entiende que la oración que contempla la norma indicada alusiva a los actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres, no puede hacerse extensiva a hechos de menor gravedad que aquellos mencionados en la

primera parte del mismo numeral, sin perjuicio de lo cual no es posible soslayar que por el delito de que se trata ya recibió la sanción correspondiente a la sede penal.

Añade que la orden de expulsión corresponde al ejercicio del *ius puniendi* estatal, por lo que deben aplicarse los principios inspiradores del orden penal, entre los que se encuentra el de proporcionalidad, que corresponde a un mecanismo de ponderación para la aplicación de una medida sancionadora como la de la especie. Para tal efecto la administración debe considerar la gravedad del delito cometido por la reclamante y si su posterior residencia irregular a consecuencia del ilícito amerita dicha sanción, todo lo cual la lleva a calificar la medida de ilegal, desproporcionada y consecuentemente, arbitraria.

Por último refiere que el decreto prescinde de las disposiciones constitucionales e internacionales que protegen la constitución de la familia, por lo que considera transgredidos los artículos 1° de la Constitución Política de la República y 17 N° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los

Trabajadores Migratorios y sus Familiares, afectación que se materializaría a consecuencia de la separación de su grupo familiar.

Argumentación relevante:

Considerando 6º: “Que establecido someramente el marco fáctico y normativo que fundó la medida, es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad. Acorde a dicho principio será necesario contrastar la actuación de la autoridad y la conveniencia de la expulsión o en su defecto, la utilidad de la permanencia en el país de la ciudadana extranjera.”

Considerando 7º: Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la situación de permanencia irregular de la reclamante aparece como consecuencia de la comisión del delito de hurto, como queda de manifiesto del rechazo de la solicitud de reconsideración de la resolución que dispuso el abandono voluntario del

territorio de la República y como expresamente consigna en el decreto de expulsión. Sin embargo, ese simple delito no constituye ninguno de los tipos penales que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, y tampoco puede ser catalogada en la generalización con que concluye dicha norma, la cual evidentemente pretende incluir en tales conceptos, del todo abstractos, otras conductas de la misma entidad de aquellas que fueron enumeradas en su primera parte, entre las cuales, evidentemente, no se puede considerar la comisión de un simple delito de hurto.

Considerando 9°: Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la reclamante, persona que tiene una pareja estable y dos hijos menores de edad, uno de ellos de nacionalidad chilena con problemas de salud que han requerido de hospitalización, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de tales menores, al dictaminarse una medida que implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los

artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta.

Considerando 10°: Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de las infracciones sancionadas, y considerando la afectación que de manera irremediable producirá en su medio familiar, son motivos suficientes para acoger el reclamo deducido.

Acción	Reclamación por expulsión.
ROL	1413-2013
Tribunal	Corte Suprema
Caratulado	Myriam Guevara Monsalve
Fecha	18/03/2013

Resumen del caso: La reclamante corresponde a una ciudadana Colombiana, quien interpone reclamación contra el D.S. N° 725 de 9 de

julio de 2012 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que decretó su expulsión del país.

Ingresó en calidad de refugiada, amedrentada por las constantes amenazas de las FARC y posteriormente inició los trámites para obtener visa por contrato de trabajo, de la que se encuentra en espera.

En su reclamación señala que existe un error de notificación, la que terminó estampándose como hecha el día 6 de marzo a las 09.00 horas, cuestión que no ocurrió.

Argumenta que la expulsión infringe la protección que la constitución otorga a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, ya que esta medida dejaría en desprotección a sus familiares que viven con ella en el país.

Además, la expulsión se apoya en una condena que no puede ser estimada como grave, por tratarse del delito de hurto, condena que además de cumplida, en su momento fue reducida por su buena conducta dentro del centro penitenciario. Por otra parte, fundamentar la expulsión en la existencia de esta condena, implicaría sancionar dos veces por un mismo delito.

Argumentación relevante de la Corte:

Considerando 3°: Que el mencionado decreto se ampara en lo previsto en los artículos 67 inciso final, 84, 89 y 90 del Decreto Ley N° 1094, a consecuencia de haberse rechazado la solicitud de visación presentada por la amparada, porque ella no cumpliría “suficientemente” los requisitos señalados por la ley de Extranjería, según se lee de la Resolución Exenta N° 36571 de fs. 51, donde se explica que “conforme a lo dispuesto en el artículo 138 inciso final del Reglamento de Extranjería, es procedente el rechazo de esta solicitud, en atención a que, por Carta... se ha informado que la extranjera fue condenada en su país de origen por el delito de hurto agravado”.

El inciso final del precepto citado, consigna como causa de rechazo de una solicitud de permanencia las razones de conveniencia o utilidad nacionales. Tales definiciones son conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica que a ellos debe otorgarse un contenido concreto por parte de la autoridad que los utiliza. Dentro de ese contexto, surge que los conceptos en examen tienen relación con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general, de la Nación. Sin embargo, el acto irregular que motivó la decisión de revocación del permiso, orden de salida y posterior abandono del país,

respecto de la amparada, no aparece como una trasgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, desde que se trata de un hecho que aparece como aislado en la vida de una persona y cometido hace más de diecisiete años.

Lo anterior lleva a concluir que las decisiones que se han emitido por la autoridad administrativa y que tienen como base la comisión de un hecho delictivo de antigua data, son desproporcionadas en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. Ello torna en ilegal y arbitraria la decisión de rechazar el permiso de permanencia solicitado por la amparada y, consecuentemente, la orden de salida y posterior decreto de expulsión.

Considerando 4º: Que la compareciente evidenció las razones en las que apoyó la justa causa de error en relación al cómputo del plazo de interposición del reclamo que se analiza, sin que tales motivos hayan sido cuestionados por la autoridad recurrida que se limitó a destacar la fecha consignada en el acta de notificación, que fue precisamente la actuación que la Sra. Guevara Monsalve discutió. En tal escenario, aparece que existe una controversia concreta en torno a la hora exacta en que se practicó la notificación, que no fue precisamente la estampada, desde que tal

documento habría sido corregido, sin que la Administración haya aportado algún dato que permitiera precisarlo, de modo que debe aceptarse como oportuna la comparecencia de la reclamante.

Por las razones y disposiciones legales citadas, se acoge el reclamo interpuesto en lo principal de fojas 34, a favor de Myriam Guevara Monsalve y, en consecuencia, se deja sin efecto la orden de expulsión decretada en su contra por Decreto N° 725 de 9 de julio de 2012 y, consecuentemente, se deja sin efecto, la Resolución Exenta N° 36571 de 18 de mayo de 2011, que rechazó la solicitud de visación de Myriam Guevara Monsalve, sujeta a contrato de trabajo.

**6.2. Infracción al principio de prohibición de la doble incriminación.**

Acción	Amparo constitucional
ROL	1244-2013
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Caratulado	Badaracco      Moscoso      con Ministerio del Interior y Seguridad Pública
Fecha	23/07/2013

Resumen del caso: La Defensoría Penal Pública dedujo recurso de amparo a favor de Angelo Renato Badaracco Moscoso y su familia, compuesta por su señora Marcela Emelina Álvarez Montecinos y su hija en común, Renata Fiorella Badaracco Álvarez.

Se presentó el recurso en contra del Decreto N° 607 de 12 de junio de 2012, notificado el 18 de enero de 2013, que determinó la expulsión del país del ciudadano extranjero de nacionalidad peruana Badaracco Moscoso.

A favor del amparado se argumenta que existiría una privación a su libertad personal toda vez que la decisión de expulsarlo es arbitraria e ilegal, ya que la decisión no cuenta con la racionalidad propia de un acto administrativo, tomando en cuenta los mecanismos de control que tanto la doctrina y la jurisprudencia han considerado como válidos para controlar las potestades discrecionales. En definitiva, no existen los antecedentes de hecho que salven la arbitrariedad del acto administrativo, al no ser ponderada suficientemente la situación particular del amparado con Chile.

A raíz de lo anterior, se argumenta que el amparado cuenta con un fuerte arraigo familiar y social que no puede ser ignorado, dado que vive con su mujer y su hija en el país, además de haber cumplido de manera

correcta la sanción penal por la que fue condenado, lo que demuestra su respeto a la autoridad y orden social. Tomando en cuenta su situación familiar, quienes se verían perjudicados por la medida no es solamente el señor Badaracco, sino toda su familia al verse interrumpido el vínculo que los une, de tal forma que se incumpliría normativa internacional referente a los menores, resultando ilegal por afectar el principio del interés superior del niño.

Asimismo, la decisión de expulsar al amparado fundada en el artículo 15 n° 2 del DL 1.094, ha sido derivada de una incorrecta interpretación de la misma. Toda vez que se establece que se podrá expulsar a quienes: “2.- (...) se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”, como la norma establece que se aplica a quienes “se dediquen” es necesario probar la existencia de una habitualidad en la conducta, circunstancia fáctica que no ha sido probada y que tampoco se desprende de los hechos, toda vez que el amparado sólo cuenta con una condena por Tráfico de drogas, la que se encuentra cumplida y no ha vuelto a ser siquiera formalizado por el mismo delito.

Argumentos relevantes de la Corte:

Considerando 6°: En cuanto al antecedente de la condena por tráfico de drogas, actualmente cumplida, la Corte tiene en cuenta, lo que sigue:

A. El artículo 17 del Decreto Ley N° 1.094 confiere a la autoridad la facultad de expulsar, como quiera que la forma verbal que utiliza reza “podrán”.

B. Como toda facultad, ha de ser empleada sin sacrificar principios informantes del ordenamiento jurídico.

Uno de ellos es el reconocimiento que la Constitución Política de la República efectúa en favor de toda persona, en términos de asegurarle el derecho a su libertad de entrar y salir del territorio.

C. Consecuencia de ello es que las situaciones que describe la ley en orden a limitar de alguna manera ese derecho, deben ser interpretadas en el ámbito restrictivo que es dable a toda excepción.

D. El artículo 17 en comento, como se dijo, acepta que la autoridad expulse en la hipótesis del N° 2 del artículo 15, que emplea un discurso cuyo sujeto está suficientemente definido, a saber, el que se “dedique al comercio o tráfico ilícito de drogas”.

Dedicase el que se consagra a algo, el que se aplica a algo, el que se emplea en algo, el que destina su vida a algo; en suma, el que se da intensamente en una actividad o trabajo.

E. Aparte del antecedente penal que derivó en la condena comentada, no se conoce otra conducta atentatoria a la Ley 20.000 de parte de Badaracco, lo que impide asumir que le sea aplicable la hipótesis segunda del artículo 15, exclusivamente dirigida a quienes se “dedican” a semejante ilícito.

F. El ordenamiento punitivo chileno y, en verdad, también el universal, es categórico en cuanto a que ningún delito puede castigarse con otra pena que la que le señala la ley.

Badaracco fue sentenciado a una pena de 541 días, a la que dio cumplimiento bajo el régimen alternativo de la remisión condicional. No corresponde sancionarlo dos veces por una misma conducta, como lo sería si además de la pena señalada, se lo expulsase del país;

El Código Penal contempla las penas de confinamiento, extrañamiento y destierro, todas las cuales, definidas en los artículos 33, 34 y 36 de ese estatuto, son relativas a la expulsión del territorio de la República como pena. Al no contemplar la Ley 20.000 esa clase de castigo para el delito por el que Badaracco fue condenado, no parece posible, sin

infringir el *non bis in idem*, expulsarlo por vía administrativa por la mismo comportamiento en que recayó el juicio de reproche penal;

Considerando 7°: Los razonamientos que inmediatamente preceden son elocuentes como para concluir que, al menos por el motivo a que se refieren, esto es, la condena por tráfico de estupefacientes, no es posible interpretar la facultad del artículo 17 del Decreto Ley N° 1.094 en la forma que se lo ha hecho, sin atentar contra el principio hermenéutico de la restrictividad de la excepción;

Considerando 10°: Si bien lo expresado atinge directamente al amparado Angelo Renato Badaracco Moscoso, no es posible prescindir de lo que empece a las también amparadas Marcela Emelina Álvarez Montecinos y Renata Fiorella Badaracco Álvarez, cónyuge e hija, respectivamente.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 de la carta primera, es la familia el núcleo fundamental de la sociedad.

Tratándose de un niño, el Estado de Chile ha suscrito la Convención Internacional que en 1.989 estableció sus derechos, que fija como derrotero sine qua non el de su interés superior en todos los asuntos y decisiones en que deban intervenir las autoridades y órganos públicos, entre los cuales

ciertamente los tribunales, por manera que nunca éstos habrán de decidir sin considerar primordialmente tal interés superior.

Para calibrar la comparecencia en la especie de semejante interés, debe atenderse al tenor del artículo 9 de la Convención, que obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres.

Consciente está esta Corte que la expulsión tiene como sujeto exclusivo a Angelo Badaracco, lo que no quiere decir que su consumación haya de conllevar la disgregación de su matrimonio y, de hecho, de su paternidad.

Elementos éstos que los juzgadores no pueden dejar de lado a la hora de sopesar hasta qué punto la situación que el recurso plantea amerita mantener una sanción que por los motivos que se ha venido desarrollando, parece forzar en demasía el esquema jurídico aplicable;

Considerando 11º: Por ende, la Corte considera que en la actualidad, sin perjuicio de lo que en su momento haya podido resolverse de cara a la pertinencia del decreto de expulsión, no concurren las circunstancias para justificar su ejecución.

En atención, a lo que prevé el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se acoge el recurso de amparo deducido a fojas 11 en favor

de Angelo Renatto Badaracco Moscoso, Marcela Emelina Álvarez Montecinos y Renata Fiorella Badaracco Álvarez, privándose de eficacia al Decreto Supremo N° 607 de 12 de junio del año pasado, como para no legitimarse presentemente su cumplimiento.

**6.3. La expulsión debe respetar la presunción de inocencia y el debido proceso.**

Acción	Amparo constitucional
ROL	12-2012
Tribunal	Corte de Apelaciones de Punta Arenas
Caratulado	MYRIAM PAREDES MICOLTA, CONTRA GOBERNADOR DE LA PROVINCIA ULTIMA ESPERANZA DON MAX SALAS ILLANES.
Fecha	08/06/2012

Resumen del caso: Se presentó un recurso de amparo a favor de la ciudadana colombiana Myriam Paredes, a quien anteriormente se le había notificado el rechazo de la prórroga de su visa y la consecuente expulsión, la que se encontraba fundamentada en el artículo 138 del Reglamento de Extranjería que permite rechazar una solicitud “por razones de conveniencia o utilidad nacional”. La gobernación funda la decisión de expulsión en que la amparada había sido anteriormente formalizada por el delito de lesiones menos graves, causa que terminó en una suspensión condicional y que además realizaba trabajos de escasa calificación.

El amparo se fundamenta en que la actuación del recurrido es ilegal ya que conforme a la Ley de Extranjería y su Reglamento, otorgan la facultad de revocar permisos de residencia a quienes hayan cometido crímenes o simples delitos, o se encuentren procesados y a los que se dediquen al tráfico de drogas, ninguno de cuyos casos ha ocurrido en la especie, ya que la amparada fue sujeto de una formalización de investigación que culminó con el arribo de una salida alternativa, consistente en la suspensión condicional del procedimiento. Asimismo, estima que la resolución objetada es arbitraria, ya que si bien corresponde a la autoridad de extranjería la facultad de resolver sobre las visas de

permanencia de extranjeros en el país, ésta debe ejercerse respetando los principios de los actos administrativos y, sobre todo, ser fundados; que en este caso no existe fundamento alguno puesto que el único antecedente invocado es la existencia de una suspensión condicional del procedimiento; que una potestad discrecional no es sinónimo del ejercicio arbitrario de esa potestad; que la potestad discrecional es una no reglada, no sujeta a reglas formales, pero siempre debe ser razonable y por tanto motivada en la adopción de un acto.

Argumentos relevantes de la corte:

Considerando sexto: Que como corolario de lo anterior, esta medida alternativa no puede estimarse, en ningún caso, como una sentencia condenatoria y por ende la suspensión condicional del procedimiento no afecta la presunción de inocencia y ello es así puesto que de la simple lectura del artículo 240 inciso 2° del Código Procesal Penal, se desprende que si aquélla no es revocada, se extinguirá la acción penal y es imperativo para el tribunal, ya sea de oficio o a petición de parte, dictar el sobreseimiento definitivo, lo que guarda concordancia con el artículo 4 del mismo cuerpo legal, que estipula que ninguna persona será considerada

culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme.

Considerando séptimo: Que como consecuencia de lo anterior, si bien es cierto, la Resolución Exenta N° 367, se fundó en una causal contemplada en el Reglamento de Extranjería, cual es, razones de conveniencia o utilidad nacional, dictada por una autoridad en uso de su potestad discrecional, su fundamentación basada en la suspensión condicional del procedimiento, acordada en favor de la amparada Myriam Paredes Micolta, resulta arbitraria e ilegal, toda vez que significa vulnerar el principio de inocencia que le asiste a la imputada, el que sólo podría verse afectado si la suspensión fuere revocada cuando aquella incumpliere sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos (artículo 239 del Código Procesal Penal) y se dictare sentencia condenatoria en su contra.

Considerando Noveno: Que en igual sentido lo ha resuelto la Excma. Corte Suprema en la causa Rol N° 2968-12 en fallo de diecisiete de abril del mismo año, en que se señala: “1°.- Que mientras esté pendiente la situación procesal que registra la amparada Victoria Toledo Cáceres, en la causa que se sigue en su contra bajo el RUC N°1000378963-8, RIT N°16342-2010,

del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en la que conforme aparece de fojas 26, se acordó una suspensión condicional del procedimiento, no cabe dictar a su respecto ninguna medida que implique anticipar un reproche de culpabilidad por estos mismos antecedentes o que afecte las condiciones que la jurisdicción le impuso para el ejercicio de tal beneficio.

2°.- Que, como se evidencia del fundamento anterior, el proceder del recurrido al desconocer lo resuelto, amenaza de forma concreta la libertad personal de la recurrente, al considerar indebidamente dicho proceso – el que aún no ha concluido con una sentencia condenatoria-, como si así se hubiera resuelto, esgrimiéndolo como fundamento para rechazar una visa temporaria y disponer su abandono del territorio nacional”. El citado fallo acogió el recurso de amparo deducido y dejó sin efecto la Resolución Exenta N°15729 de fecha diecisiete de febrero de dos mil doce, que rechazaba la solicitud de visa temporaria y disponía su abandono del país en el plazo de quince días.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, artículos 4, 239 y 240 inciso segundo del Código Procesal Penal, se declara:

Que se acoge el recurso de amparo deducido a fs. 3 y siguientes por doña María Fernanda Benavides Henry, abogada, Defensora Penal Pública, en favor de Myriam Paredes Micolta y en consecuencia se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 367, de fecha 28 de mayo de 2012, de la Gobernación Provincial de la Provincia de Última Esperanza, Departamento de Extranjería, que rechaza la solicitud de visación de residente sujeta a contrato y dispuso su abandono del país dentro del plazo de quince días desde la fecha de su notificación.

Acción	Reclamación or expulsión de extranjero
ROL	3214-2013
Tribunal	Corte Suprema
Caratulado	MONSON JEAN-BART
Fecha	04/06/2013

Resumen del caso: El amparo se deduce a favor del ciudadano Haitiano Monson Jean-Bart, quien reclama contra el D.S. n° 272 de 12 de marzo de 2012 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que dispuso su expulsión.

Argumenta que en el decreto supremo se sostiene que el día 4 de noviembre de 2010 presentó una carta de residencia francesa falsa en el Aeropuerto de Santiago, cuando realizaba el control de salida del país, siendo tal circunstancia la que motiva su expulsión, en circunstancias que ignoraba que los documentos fueran falsos. Dice que fue formalizado por el delito de ingreso al país con documentación falsificada, a pesar que él ya se encontraba residiendo en Chile en forma regular y que ahora estaba tratando de salir del país, no de entrar. Más tarde, existió suspensión condicional del procedimiento y finalmente, sobreseimiento definitivo.

Argumentos relevantes de la corte:

Considerando 5º: Que, en consecuencia, el decreto impugnado invoca como motivo de hecho para justificar la decisión de expulsión, la existencia de un ilícito no comprobado y que sólo sirvió a una imputación penal que fue objeto de suspensión condicional (sin perjuicio del desistimiento de la autoridad denunciante) lo que habría provocado más tarde, el sobreseimiento definitivo de ese proceso, de modo que se invoca la comisión de un hecho delictivo, pero sin una sentencia de término que lo declare y le sirva de fundamento, lo que conlleva la ausencia de motivaciones de hecho concretas y precisas.

Ello es así, porque no debe perderse de vista que el efecto propio de la suspensión condicional del procedimiento, es que transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo.

Considerando 6°: Que, asimismo, el artículo 68 del D.L. 1094, sanciona a los extranjeros que intenten egresar del país valiéndose de documentos falsificados, con pena de presidio menor en su grado máximo y, además, con su expulsión, de modo que si la autoridad Administrativa se desiste del requerimiento para la persecución del ilícito, se entiende que se ha desistido también de imponer la sanción de expulsión, puesto que no puede apoyarse en el injusto de cuya investigación se retractó para expulsar del país a una persona.

Considerando 7°: Que, en las condiciones anotadas, el decreto que motivó la expulsión del país del reclamante resulta infundado y es, en consecuencia, arbitrario y contrario a la ley.

Por las razones y disposiciones legales citadas, se acoge el reclamo interpuesto en lo principal de fojas 10, a favor de Monson Jean-Bart y, en

consecuencia, se deja sin efecto la orden de expulsión decretada en su contra por Decreto Supremo N°272 de 12 de marzo de 2012.

6.4. privación de la libertad individual en el procedimiento de expulsión.

Acción	Amparo constitucional
ROL	351-2013
Tribunal	Corte de Apelaciones de Santiago
Caratulado	MARIN ANGARITA CARLOS ANDRES - DE OLIVERA MAIA DIEGO- CHIVIYA CLAUDIA - CHINOLLO MUÑOZ JORGE Y OTROS / MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PUBLICA - POLICIA DE INVESTIGACIONES DE CHILE - JEFATURA NACIONAL DE EXTRANJERIA Y POLICIA INTERNACIONAL.
Fecha	09/03/2013

Resumen del caso: Se interpone una acción de amparo constitucional a favor de 18 personas, quienes se encuentran sufriendo de una privación de libertad ilegal, todos de nacionalidad extranjera quienes se encuentran reclusos en el cuartel de la PDI de Barros Borgoño. Las detenciones tienen un carácter indefinido, no sujeta a control jurisdiccional, lo que implica una privación de libertad arbitraria e ilegal que debe ser dejada sin efecto.

Considerando 3º: En un mundo “globalizado”, con grandes consensos sobre principios y reglas de convivencia, la realidad da cuenta que el fenómeno de la migración ha alcanzado a estas alturas grados de intensidad y de universalidad tales, que llega a ser cierto que no existe país en el mundo que no experimente el ingreso de personas extranjeras. Entre otras derivaciones, ello trae consigo que el poder estatal para gestionar los movimientos migratorios no puede prescindir de la consideración de derechos fundamentales e inalienables, que derivan de la condición de ser humano, protegidos tanto por los ordenamientos internos como por los diversos instrumentos de Derecho Internacional. En lo que atañe a nuestro Derecho, cabe recordar que el catálogo “de primera generación”, contemplado en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama como asegurado “a todas las personas”, sin distinción alguna, de modo que el

imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, en los términos a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile. Ese deber de respeto y promoción adquiere ribetes especiales cuando se trata de extranjeros, en la medida que ellos se encuentran en una indudable situación de vulnerabilidad, de momento que carecen de redes de apoyo familiares y de proximidad, precisamente porque se hallan en un país que no es propio. En un contexto como el reseñado, existen ciertos derechos particularmente atingentes al caso y, entre ellos, por cierto, el derecho a la libertad personal, en todas sus dimensiones;

Considerando 4°: Conforme fluye de la declaración contenida en el artículo 1° de la Constitución Política de la República, la base principal de nuestra institucionalidad está dada por el reconocimiento de que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La libertad es un derecho ampliamente protegido en nuestro ordenamiento jurídico. De las diversas manifestaciones de ese principio fundamental, tanto el artículo 19 N° 7 de la Constitución como los artículos 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y

Políticos de las Naciones Unidas, amparan específicamente el derecho a la libertad personal y seguridad individual;

Considerando 5º: La libertad personal es entendida como la libertad física de la persona y como la libertad de movilización, desplazamiento o de circulación, inherentes a ella. Por su parte, la seguridad individual es asumida como un derecho complementario de los anteriores, que se traduce en la implementación de ciertos mecanismos cautelares, expresados en exigencias, requisitos o formalidades, tanto de orden constitucional como legal, cuyo propósito es proteger ese derecho, a la libertad personal, de los abusos de poder y de las arbitrariedades. Esta garantía se expresa en el artículo 19 N° 7, letra b), de la Carta Fundamental, al declararse que nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida “sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”;

Considerando 6º: De acuerdo con la información reunida en esta causa, particularmente, según consta de la acción ejercida a fojas 10, de los informes evacuados por las autoridades respectivas y de la diligencia de inspección personal practicada por esta Corte al cuartel policial de la Policía de Investigaciones de Chile, se comprueban determinados hechos relativos a la situación de los amparados, que cabe dejar expresamente consignados:

1.- Todas las personas aludidas son mantenidas, privadas de su libertad, en dependencias del Cuartel Policial de calle General Borgoño 1204, de la Policía de Investigaciones de Chile.

2.- El recinto a que se hace referencia corresponde a una serie de celdas dotadas de acondicionamientos mínimos y que, conforme pudo verificarse por el tribunal, están exclusivamente implementadas para la mantención provisional de personas privadas de libertad, esto es, para “detenidos en tránsito”. Expresado en otros términos, no están diseñadas ni cuentan con las condiciones elementales para privaciones prolongadas de libertad, precisamente porque no es un recinto carcelario sino que uno de detenciones que, como tales, están llamadas a ser necesariamente transitorias;

3.- Cada uno de los amparados mencionados en el escrito de fojas 10 permanece o permaneció detenido en dicho lugar, desde distintas fechas, que median entre el día 17 de febrero y el día 22 de febrero de este año 2013, extremos que figuran debidamente especificados en el informe de fojas 95 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, de fojas 95 y en el evacuado a fojas 106 por la Jefatura Nacional de

Extranjería y Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile, a los que cabe remitirse para estos efectos;

4.- A lo indicado debe añadirse la situación de César Benjamín Gutiérrez Olguín, Johny Cuero Guevara y Santo Guzmán Arana Tafur, quienes aparecen detenidos en ese recinto desde los días 4 de marzo, 22 de febrero y 4 de marzo, todos de 2013, respectivamente;

5.- Es igualmente pacífico que, en lo que concierne a las personas individualizadas en el recurso de fojas 10, los respectivos decretos de expulsión les fueron notificados en fechas que median entre el 03 de junio de 2009 – en lo más remoto – y el 22 de febrero, en los más próximo, de acuerdo con lo que se detalla de fojas 96 a 98; a lo que debe agregarse lo que atañe a doña Claudia Chiviya, notificada de su expulsión el día 19 de agosto de 2008, según consta del acta de fojas 27 y lo que se refiere a don Fernando Díaz Morales, quien fue notificado durante el año 2009, de acuerdo con lo que se expresa en el segundo párrafo de fojas 101;

Considerando 7º: En el informe de la autoridad respectiva que actúa a nombre del Departamento de Extranjería se señala –en lo pertinente- que respecto de los amparados se dictaron actos administrativos de expulsión los que “se encuentran en su fase de cumplimiento”, añadiendo que,

tratándose de las personas cuya expulsión fue ordenada por Intendentes Regionales (las 15 personas que se indica), “nada obsta a la ejecución de las expulsiones...por cuanto han transcurrido más de 24 horas desde el acto de la notificación...” y que, en los tres casos restantes, ya transcurrió el plazo de 24 horas que tenían Carlos Andrés Marín Angarita, Jorge Tomás Chonillo Muñoz y Ventura Rentería, para deducir reclamación ante la Excma. Corte Suprema. Agregó que la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional es la institución encargada de dar cumplimiento a los actos administrativos de expulsión, de modo que es a ella a quien “corresponde informar sobre las condiciones de la detención y el estado de las gestiones administrativas para el cumplimiento de las expulsiones, que motivan la privación de libertad...”. A su turno, esta última autoridad se refirió en su informe de fojas 106 a la situación de cada una de las 18 personas indicadas en el escrito de fojas 10, manifestando que permanecen “en custodia en dependencias institucionales del Cuartel Independencia, ubicado en General Borgoño N°1204, en espera de la materialización de la precitada medida administrativa (Resolución o Decreto de Expulsión, en su caso), en virtud del artículo N° 176 del Reglamento de Extranjería”;

Considerando 8º: De acuerdo con el bloque normativo constitucional e internacional antes enunciado, nadie puede ser privado de su libertad individual ni ésta restringida “sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. En ese orden de ideas, es atinente señalar que, de acuerdo con lo que prescribe el inciso segundo del artículo 90 de la Ley de Extranjería (Decreto Ley 1.094 de 1975), la autoridad policial respectiva debe ejecutar la medida de expulsión que haya dispuesto la autoridad administrativa correspondiente, “dentro del plazo de 24 horas”. Este plazo se cuenta desde la notificación respectiva, si no se interponen recursos o cuando ellos no resultan procedentes; o desde que se haya denegado el recurso interpuesto, siempre en ese mismo lapso de 24 horas. Por su lado, el artículo 176 del Reglamento de Extranjería –invocado como sustento normativo por una de las recurridas – dispone, textualmente, lo siguiente: “Artículo 176º.- Para hacer efectivas las medidas contempladas en el presente Título (entre las que se contempla la medida de expulsión), se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar adecuado cumplimiento a aquéllas”;

Considerando 9º: Prescindiendo, por ahora, de los reparos de constitucionalidad que pudiera hacerse al citado artículo 176 por su jerarquía meramente reglamentaria, lo cierto es que, si la regla legal antes aludida dispone un plazo de 24 horas para ejecutar la medida de expulsión que haya podido ordenarse por la autoridad competente y la norma reglamentaria transcrita sólo autoriza para adoptar restricciones y privaciones de libertad del afectado “que sean estrictamente necesarias” para propender al cumplimiento de dicha medida, surge como corolario inevitable que, en situaciones como ésta, la afectación de la libertad personal no puede extenderse más allá del mencionado plazo de 24 horas. Lo que se dice se explica porque ese es el término perentorio que la ley ha señalado para llevar a cabo la expulsión y porque la privación de libertad de que se trata se ha consultado con un carácter que resulta estrictamente funcional o instrumental a la ejecución de los decretos o resoluciones de expulsión. Entonces, si la expulsión debe ejecutarse en 24 horas, fuerza es concluir que la detención, cuyo único objeto es propiciar su cumplimiento, no puede superar ese plazo. Sigue a ello indicar que es evidente que cualquier medida que comprometa la libertad personal ha de ser de carácter excepcional, desde que importa la afectación de un derecho fundamental.

Ahora bien, tal excepcionalidad se incrementa todavía más cuando se trata de detenciones de esta índole, que no están visadas por autoridad judicial alguna. Por lo mismo, han de sujetarse al tiempo mínimamente posible, sin que – en caso alguno - puedan extenderse más allá de los límites que la propia ley ha indicado, esto es, las mencionadas 24 horas. De no entenderse así, carecerían de sentido y de eficacia los mecanismos protectores del derecho fundamental;

Considerando 10º: Por lo pronto, conforme pudo verificarlo esta Corte, las condiciones en que se han ejecutado las privaciones de libertad son del todo inadecuadas e indignas para cualquier persona (los detenidos están virtualmente hacinados, deben dormir en el suelo, permanecen encerrados prácticamente todo el día, saliendo de sus celdas ocasionalmente para asearse o acudir al baño, el lugar es sombrío y con escasa ventilación, etcétera). Empero, en lo que resulta mucho más relevante para estos fines, se ha conculcado gravemente el derecho fundamental a libertad personal de cada uno de los amparados, porque se ha excedido con creces el plazo máximo de 24 horas de detención, porque no se han guardado las formalidades legales y, por lo mismo, porque se incurrió en irregularidades que no pueden ser toleradas.

Considerando 11º: En tales circunstancias, resulta de toda evidencia que, merced a una prolongación carente de juridicidad, racionalidad, de justificación y que sobrepasa toda proporcionalidad, han sido indebida e ilegalmente privadas de su libertad las señaladas personas. No hay racionalidad ni justificación, porque prácticamente todos ellos estaban cumpliendo los controles a que se refieren los artículos 164 y 165 de la Ley de Extranjería, de modo que, amén de ilegal, la privación de libertad resulta desproporcionada e innecesaria. Eventualmente, pudiera entenderse que “la fase de cumplimiento” de las expulsiones o que la “espera de la materialización” de tales medidas tenga demoras de 15, 16, 18, 19 ó 22 días, por las necesidades de coordinación, de compra de pasajes o de asignación de equipos policiales, pero con las personas en libertad. Jamás reclusos por todo ese lapso. En esa virtud, con apego a lo prescrito en el artículo 21 de la Carta Fundamental, al verificarse en la especie una vulneración ilegal de la libertad personal, debe esta Corte adoptar las medidas conducentes para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección de los afectados;

Considerando 12º: Resta expresar que no es obstáculo para hacer lugar a la acción constitucional la circunstancia de que, a la sazón, haya sido

ejecutada la expulsión de cuatro de los amparados (nacionales de Nepal), porque una acción de este tipo busca restablecer el imperio del derecho, lo que comprende la precisión del sentido de los derechos fundamentales, su respeto, el de las garantías que los protegen y la eventual corrección funcionaria, como con tanta precisión lo señalaba el artículo 313 bis del Código de Procedimiento Penal;

Por estas razones, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema pertinente a la materia, se acoge la acción constitucional de amparo deducida en lo principal de fojas 10.

## **Capítulo 7. Legislación comparada, el modelo argentino.**

### **7.1 La inmigración en Argentina.**

La República Argentina ha sido históricamente centro de las migraciones en el cono sur de América. En un principio el mayor flujo de inmigrantes provenía de Europa, región a la que se miraba a su vez como modelo de civilización. Sin embargo, a mediados del siglo XX, y en consecuencia principalmente de la situación política y económica del país, la región de procedencia de los inmigrantes cambia a América del Sur, principalmente provenientes de los países limítrofes.

En cuanto a la legislación argentina, han sido tres las leyes migratorias generales que se suceden a lo largo de la historia del país vecino: La Ley 817 de Inmigración y Colonización de 1876, conocida como Ley Avellaneda; la Ley General de Migraciones y de Fomento a la Inmigración N° 22.439 de marzo de 1981, conocida también como Ley Videla y la actual ley 25.871, vigente desde diciembre de 2003. Sin embargo, para algunos autores “a pesar de que en el país pueden reconocerse diferentes etapas históricas proclives a promocionar o a restringir las migraciones internacionales, la normativa jurídica -no sólo ella- siempre ha privilegiado la inmigración europea frente a otras

corrientes migratorias”<sup>82</sup> Aún así, la actual ley de inmigración recibió la calificación de “ Buena Práctica” en el hemisferio por la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la CIDH.<sup>83</sup>

En este capítulo se analizará la ley vigente en la República Argentina principalmente en cuanto a las causales que autorizan a expulsar a un extranjero, el procedimiento de expulsión, los recursos que caben contra dicha resolución, los derechos que se le reconocen durante el mismo y las medidas cautelares que se pueden adoptar durante la vigencia del proceso.

## **7.2 Generalidades de la Ley de Migraciones 25.871.**

La ley de Migraciones 25.871, comienza definiendo al inmigrante en su artículo 2º, como: “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”. Luego, los artículos 5º y 6º dan luces

---

<sup>82</sup> DOMENECH, Eduardo E. “Inmigración, estado y educación en Argentina: ¿ Hacia nuevas políticas de integración? versión revisada de la ponencia presentada en la XXV Conferencia Internacional de Población de la USSP realizada en Tours, Francia, en el mes de julio de 2005. [En línea] <http://webiigg sociales.uba.ar/pobmigra/archivos/domenech.pdf> [consulta 25 de febrero]

<sup>83</sup> CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, “Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio”, OEA/Ser.L/V/II.118, 2003, párr. 135.

acerca del rol que asume el Estado Argentino en la materia como “promotor de la integración a la sociedad argentina de inmigrantes y garante de los compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos, antes que como autoridad de control de la llegada y control de permanencia de extranjeros”<sup>84</sup>, al consagrar en su artículo 5° que: “El Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes.” Por otro lado el artículo 6° establece que : “El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social”. Ya en esta primera declaración es posible vislumbrar la completa diferencia entre ambas legislaciones, toda vez que mientras una se yergue como respetuosa

---

<sup>84</sup> QUIROGA, Juan Manuel y VERÓN, Daniel. “Aproximación a la legislación migratoria Argentina”, Argentina, [en línea] <https://docs.google.com/document/d/1zYwuYCK7-9rcKvqYkjRHOXZ3qeQV1rnm2jH0CaRxUyg/edit?num=50&sort=name&layout=list&pli=1> [consulta 25 de febrero]

de los derechos de los migrantes, la otra, aparece como totalmente desligada de cualquier obligación para con los extranjeros, demostrando entonces desde el comienzo cuales serán las formas en que operarán sus mecanismos de recepción y también de expulsión.

En el capítulo II señala los principios generales que rigen a la ley, estableciendo los objetivos de esta así como los derechos y las obligaciones de los extranjeros. Entre estos últimos, y en virtud del tema en estudio, cabe destacar que la legislación migratoria argentina establece en su artículo 4° que: “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Igualmente en su artículo 12 señala que “El Estado cumplimentará todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas”.

### **7.3. Proceso de expulsión en la legislación Argentina.**

En cuanto a la expulsión de extranjeros del territorio Argentino, la ley 25.187 expone en detalle las causales, el procedimiento y el régimen recursivo de la decisión de expulsión.

### **7.3.1. Causales**

Las causales que motivan la expulsión de extranjeros con algún permiso legal, y que luego son susceptibles de expulsión son variadas. Según Artículo 25, aquellos extranjeros admitidos en el país como "residentes temporarios" o "residentes transitorios" podrán permanecer en el territorio nacional durante el plazo de permanencia que ha sido autorizado, considerando las prorrogas, debiendo abandonar el mismo al expirar dicho plazo. El artículo 37 establece que: “El extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la presente ley”. El Artículo 62 enumera otra serie de causales para la cancelación de permanencia y expulsión:

“a) Cuando con la finalidad de obtener un beneficio migratorio o la ciudadanía argentina se hubiese articulado un hecho o un acto simulado o éste hubiese sido celebrado en fraude a la ley o con vicio del consentimiento o se hubiere presentado documentación material o ideológicamente falsa o adulterada;

- b) Cuando el residente hubiese sido condenado judicialmente en la República por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco años o registrase una conducta reiterante en la comisión de delitos.
- c) El beneficiario de una radicación permanente hubiese permanecido fuera del Territorio Nacional por un período superior a los dos años o la mitad del plazo acordado, si se tratara de residencia temporaria, excepto que la ausencia obedeciere al ejercicio de una función pública argentina o se hubiese generado en razón de actividades, estudios o investigaciones que a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones pudieran ser de interés o beneficiosa para la República Argentina o que mediara autorización expresa de la autoridad migratoria la que podrá ser solicitada por intermedio de las autoridades consulares argentinas;
- d) Cuando se hayan desnaturalizado las razones que motivaron su concesión o cuando la instalación en el país hubiera sido subvencionada total o parcialmente, directa o indirectamente por el Estado Argentino y no se cumplieran o se violaren las condiciones expresamente establecidas para la subvención;
- e) Cuando se realizare en el país o en el exterior, incurran o participen en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de

guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional o tengan antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077 de Defensa de la Democracia.

El Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria.”

De los artículos recientemente transcritos, relativos a las causales, ya es posible notar sendas diferencias en el tipo de conductas que se establecen como hipótesis de expulsión. En primer lugar, la legislación argentina evita el uso de conceptos indeterminados como “moral y buenas costumbres” o “que habitualmente (...)”, que, tal como se ha mencionado anteriormente, sí es una característica propia de la redacción de las causales en nuestra legislación. Asimismo, se prescinde de cualquier discriminación ideológica al momento de establecer las causales, por lo que tampoco se observan hipótesis de hecho como la de nuestro artículo 15 n° 1 del DL 1.094, que

evidentemente busca impedir el ingreso de quienes fomenten y practiquen doctrinas políticas diferentes a la imperante en el momento.

Se observa también una mayor proporcionalidad al momento de determinar la expulsión de quienes comentan delitos dentro del territorio. Ejemplo de esto es la redacción de la causal letra b) del artículo 62, donde en primer término se establece como límite que la pena asignada al delito debe ser de 5 años, y en caso de tratarse de delitos menores, estos deben ser reiterados, lo que implica que al momento de imponer la sanción referente a la expulsión deberá tenerse en consideración la proporcionalidad de la medida a aplicar.

Es también destacable la importancia expresa que tiene la familia que haya podido establecer el extranjero en el país, ya que se dejaría sin efecto la medida de expulsión en caso de ser padre, cónyuge o hijo de argentino. No obstante, todavía es criticable que no se proteja a la familia cuando ésta es también extranjera, como lo sancionan diversas convenciones, entre ellas la de los Derechos del Niño de 1989.

### **7.3.2. Procedimiento de expulsión.**

En cuanto al procedimiento de expulsión la legislación argentina establece en su artículo 61 que una vez constada la irregularidad de la

permanencia en el país, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminar al extranjero a regularizar su situación en un plazo fijado para tal efecto, bajo el apercibimiento de decretar su expulsión. Esto podríamos definirlo como la resolución administrativa que da comienzo al procedimiento. En el caso de que no sea regularizada la situación por parte del extranjero, la misma Dirección decretara su expulsión, la que sólo tendrá efecto suspensivo.

A diferencia de nuestra legislación en la materia, la Ley 25.871 de Argentina contempla en un mayor grado de profundidad e intervención, el control judicial del acto administrativo por parte de la judicatura. De tal forma que se garantiza en esta ley el derecho de interponer recursos contra el acto administrativo que decreta la expulsión, ya sea por medio de recursos netamente administrativos, como es el Recurso de reconsideración, Jerárquico o de Alzada o bien recurrir solicitando la intervención de los tribunales de justicia, según lo establecido en el artículo 84.

### **7.3.3. Régimen de recursos.**

Respecto de los recursos, se establece que en el artículo 74 que: “Contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del

reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, procederá la revisión en sede administrativa y judicial, cuando: a) Se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; b) Se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) Se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; (...)”.

Luego señala la ley que contra estas cuestiones procede el Recurso de Reconsideración, el que deberá interponerse directamente ante la Dirección Nacional de Migraciones dentro de los diez días hábiles desde la notificación del acto administrativo, el que podríamos entender entonces como un primer recurso en sede administrativa. Ya desde este momento es posible establecer como obvio punto de comparación el plazo para interponer el recurso, el que mientras en la República de Argentina contempla el transcurso de 10 días, en nuestra legislación es de 24 horas. Asimismo, se establece que el recurso deberá ser resuelto por la autoridad competente dentro de los treinta días hábiles desde su interposición. Vencido el plazo y sin haberse resuelto, este se entenderá tácitamente denegado.

Señala la ley en su artículo 77 que todo Recurso de Reconsideración lleva además implícito, y en subsidio, el recurso Jerárquico o de Alzada en caso de que la decisión haya sido adoptada por una autoridad delegada y cuando la reconsideración hubiese sido rechazada, ya sea de forma expresa o tácita, de tal forma que las actuaciones deberán elevarse a la Dirección Nacional de Migraciones dentro del término de cinco días hábiles, de oficio, en el caso de denegatoria expresa o a petición de parte si es tácita. Dentro del plazo de cinco días hábiles de recibida por la Dirección Nacional de Migraciones, el interesado podrá mejorar o ampliar los fundamentos del recurso.

Este Recurso Jerárquico también procede respecto de los actos administrativos que resuelvan sobre las cuestiones enumeradas en el artículo 74, el que deberá interponerse ante la autoridad que emitió el acto recurrido dentro de los quince días hábiles de su notificación efectiva y será elevado de oficio y en el plazo cinco días hábiles a la Dirección Nacional de Migraciones. Dicho Recurso debe resolverse dentro de los 30 días hábiles desde la recepción de las actuaciones. El recurso de Alzada será en definitiva resuelto por el Ministro del Interior.

Como ya se mencionó antes, la legislación administrativa establece también la posibilidad de revisión de estos actos por vía judicial, cuya elección no obstante, hará perder la administrativa<sup>85</sup>. Señala la ley que una vez agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o de Alzada, se puede interponer el recurso vía judicial en el plazo de treinta días hábiles a contar de la notificación fehaciente al interesado. Si la autoridad administrativa no hubiese cumplido con los plazos fijados o estos exceden de lo razonable para resolver, la parte interesada podrá solicitar además que se libre orden de pronto despacho, en cuyo caso, y si el juez lo estima procedente, requerirá a la autoridad administrativa correspondiente un informe acerca de las causas de la demora invocada, fijándole para ello un plazo. Una vez constado el requerimiento o si se vence el plazo para hacerlo, el juez resolverá lo que corresponda con relación al retraso, otorgando, si corresponde, la orden correspondiente a fin de que la autoridad administrativa responsable

---

<sup>85</sup> Ley 25.871. Artículo 80. La elección de la vía judicial hará perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo.

despache las actuaciones en el plazo que se establezca considerando la naturaleza y complejidad del caso pendiente.

Finalmente, el artículo 80 establece que tanto el Ministerio del Interior y la Dirección Nacional de Migraciones podrán revisar, ya sea de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación cuando se comprueben “casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida”.

Como puede apreciarse de lo descrito anteriormente, el régimen migratorio argentino establece y regula un régimen recursivo, tanto por vía administrativa como judicial de la decisión de expulsar a un inmigrante. De la misma forma, contempla que la revisión de esta decisión sea tanto a petición del interesado como también de oficio en ciertos casos. Finalmente los plazos que tiene el interesado para interponer los recursos son más extensos que los plazos contemplados en nuestra legislación. Todo lo anterior muestra tanto un respeto por el debido proceso administrativo, como además una mayor seguridad jurídica en las decisiones que toma la administración.

#### **7.3.4. Derecho a asistencia jurídica e intérprete**

En cuanto a los derechos que la ley argentina le asegura a los inmigrante respecto al derecho a defensa, se establece en su artículo 86 que quienes carezcan de los recursos económicos tendrán derecho a asistencia legal gratuita, tanto en el procedimiento administrativo o judicial respecto de la expulsión del territorio argentino, en otras materias en que pueda necesitarse. El mismo artículo establece que quienes no comprendan o no hablan el idioma oficial tendrá derecho a la asistencia de un intérprete. Ambos derechos, asistencia judicial gratuita y derecho a intérprete, no están reconocidos ni establecidos en nuestra legislación relativa a inmigrantes, puesto que si bien es cierto que es posible acceder a la asistencia jurídica que ofrece la Corporación de Asistencia Judicial o la Defensoría Penal Pública cuando corresponda, aquello no aparece garantizado en la legislación migratoria.

#### **7.3.5. Medidas cautelares.**

Respecto de las medidas adicionales que se pueden tomar durante el procedimiento de expulsión, mientras que nuestra legislación en materia de migración otorga la facultad a la PDI de decretar medidas de control, ya sea consistentes en el retiro de documentos o la toma de declaración del

infractos así como fijar un lugar de permanencia obligatoria durante el plazo que la PDI estime necesario<sup>86</sup>, las que no son tratadas como medidas cautelares propiamente tal, la ley argentina dedica los artículos 70 y siguientes para su reglamentación.

En primer lugar se reconoce el carácter de cautelares de dichas medidas, lo que conlleva inevitablemente a la consagración de los principios básicos que estas deben cumplir, como es la temporalidad, necesidad, posibilidad de sustitución, proporcionalidad, entre otras.

Así el artículo 70 señala que sólo una vez que la resolución de expulsión de un extranjero se encuentra firme y consentida, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones podrán solicitar a la autoridad judicial que corresponde que se ordene su retención, por resolución fundada y con el único y solo efecto de cumplir aquella. Sólo de manera excepcional, cuando fuera justificado de acuerdo a la naturaleza del caso en cuestión, se podrá solicitar la retención del extranjero aún cuando la resolución de expulsión no se encontrare firme y consentida. En cuanto a la duración de la medida cautelar de retención, el mismo artículo señala que

---

<sup>86</sup> Decreto Ley N°1094 de 1975. Ley de Extranjería. Artículos 82 y 84 inciso final.

esta no podrá exceder a lo estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. Así mismo, una vez llevada a efecto la medida se dará inmediato conocimiento al Juzgado que dictó dicha orden.

El artículo siguiente establece a su vez la posibilidad de sustituir de la medida al señalar que, bajo ciertas circunstancias y una vez realizada la retención, se podrá disponer la libertad provisional bajo caución real o juratoria<sup>87</sup>.

Finalmente la ley 15.871 señala que la medida se hará efectiva por los organismos integrantes de la policía migratoria auxiliar, ya sea en sus dependencias o donde lo disponga la Dirección Nacional de Migraciones.

---

<sup>87</sup> Ley 25.871. Artículo 71. Hecha efectiva la retención de un extranjero, la autoridad de aplicación, podrá disponer su libertad provisoria bajo caución real o juratoria que fijen en cada caso, cuando no pueda realizarse la expulsión en un plazo prudencial o medien causas que lo justifiquen. Dicha decisión deberá ser puesta en conocimiento del Juez Federal competente en forma inmediata.

## **Conclusiones**

La normativa que se impone a los extranjeros en un determinado ordenamiento jurídico, que contiene cuales son sus derechos, sus garantías, las formas de ingreso, el procedimiento de expulsión, etc., corresponden a decisiones de los órganos deliberativos que representan una opinión compartida de los ciudadanos sobre una materia. Este conjunto normativo a su vez explica o transmite un mensaje acerca de lo que determinado Estado piensa sobre una situación, en este caso, lo que el Estado considera el trato que se debe otorgar a la población extranjera dentro de su territorio. La legislación entonces no es tan solo un acto normativo, que ordena, prohíbe o permite, sino también uno comunicativo, que representa cual es el lugar que dentro de la sociedad se le otorga a un grupo determinado.

Siguiendo con esta idea de la ley como un acto comunicativo, y habiendo analizado la legislación migratoria, en específico la relativa al proceso de expulsión, podemos concluir que nuestra legislación migratoria en particular tiende a considerar al extranjero como un grupo minoritario y generalmente transitorio, por lo que no se le otorga una importancia real ni un lugar adecuado en la sociedad. Asimismo, nuestra legislación tiene un fuerte componente de selectividad al momento de tratar a los migrantes. De

esta forma, busca y otorga mejores condiciones a aquellos que vienen a desarrollar actividades que la ley considere importantes para el desarrollo del país, estableciendo desde un comienzo diferenciaciones en torno a la calidad de los extranjeros. De igual manera, no define a los migrantes, cuestión que creemos no permite identificarlos a todos como un grupo homogéneo sujeto de los mismos derechos y obligaciones, sino que cada extranjero será clasificado según su calidad al ingresar al territorio.

La razón de lo anterior, sostenemos, como lo hemos hecho anteriormente, que la legislación migratoria obedece a la lógica imperante en el país en el contexto de su dictación. Siendo una legislación que corresponde a un Decreto Ley, obviando entonces todo trámite legislativo dentro de un órgano deliberativo y democrático, transmite de manera fehaciente la doctrina que el gobierno de turno mantenía con respecto a los extranjeros. En una época en que se pensaba era posible que la soberanía interior del Estado se viera afectada por entes foráneos, en específico de países donde se proclamaba una ideología radicalmente distinta, la ley se pensó como un instrumento de defensa que mantendría bajo control el ingreso de los extranjeros y que a su vez permitiría su expulsión en caso de ser necesario.

No obstante lo anterior y si bien entendemos el contexto histórico en que se dictó esta normativa, creemos que la legislación migratoria no puede quedar exenta de un análisis que determine la constitucionalidad de sus preceptos, tanto respecto de la propia Carta Fundamental, como de todo el bloque constitucional que incluye los tratados internacionales adoptados y ratificados por nuestro país. Es en éste análisis donde se desnudan las mayores falencias. Tal como se ha explicado a lo largo de este trabajo, es posible ver que en una de las materias que se regulan en la ley de extranjería y su reglamento, como es el proceso de expulsión, no se respetan las garantías constitucionales en aspectos tales como el debido proceso, la prohibición de la doble incriminación y la libertad de tránsito.

Respecto al debido proceso, habiendo adoptado la postura acerca de que la garantía establecida en el artículo 19 n° 3 se aplica a todo proceso, haciendo participe de esta protección a los sujetos en los procesos administrativos y en específico en los procesos de derecho administrativo sancionador, hemos podido comprobar que el proceso de expulsión muestra graves deficiencias en cuanto a lo necesario para ser catalogado como un debido proceso. Tal como se expuso, no se garantizaban presupuestos

básicos como el acceso a la justicia, el ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a un tribunal competente e imparcial, entre otras.

En lo relativo a la afectación al principio general del derecho de la prohibición de la doble incriminación, si bien nuestra postura no corresponde a una que pueda ser calificada de minoritaria, el entender que la sanción administrativa con posterioridad a la sanción penal constituye una afectación del *Non bis in Idem* no parece ser algo que la jurisprudencia ni la doctrina den por sentado. Es más, de todas las sentencias que fueron analizadas, sólo en una de ellas se menciona esta afectación por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, cuando las mismas salas habían conocido de casos donde la hipótesis de hecho era similar, o al menos constaba con las mismas características. Esta materia ya es fuente de discusión en otros ámbitos, como las sanciones a ilícitos regulados en la ley de mercado de valores, donde existen tanto sanciones penales como sanciones administrativas impuestas por la SVS, o ilícitos medioambientales donde también puede existir una doble sanción penal y administrativa, por lo que creemos que no es un tema que se encuentre cerrado, sino que por el contrario, corresponde a una discusión que gozará de mayor desarrollo a lo largo de esta década.

Respecto a la libertad de tránsito, nos parece claro que la falta de control de los actos administrativos, en específico aquellos que derivan de potestades discrecionales, puede derivar en una decisión arbitraria e ilegal que prive de derechos fundamentales. De ahí entonces que es necesario exigir una racionalidad en el fundamento de los actos administrativos que correspondan a sanciones que vulneren derechos fundamentales, decisión que debe tener en consideración criterios como la proporcionalidad de la sanción al hecho, la finalidad del acto, entre otros. Por otra parte, la ilegalidad del acto puede verse constituida por la infracción de la garantía del debido proceso, cuestión que se abordó latamente por este trabajo y que constituye la mayor deuda con los ciudadanos que contiene la legislación que regula la migración extranjera.

Creemos que esta discusión acerca de la infracción de garantías en el proceso de expulsión puede ser extrapolada a distintos procesos administrativos sancionatorios, mostrando en definitiva una deuda del Estado chileno para con sus administrados. Si bien conocemos los avances logrados con la dictación de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, el que esta tenga un carácter supletorio y no pueda ser aplicable a todo proceso sancionatorio implica que existe entonces una serie

de procedimientos sancionatorios donde no se garantiza en lo más mínimo el debido proceso. Lo anterior implica que el trabajo de resguardo de estos derechos tenga que venir de parte de los órganos jurisdiccionales, quienes a través de repetidas sentencias han establecido la existencia de estas infracciones y en el ámbito de sus atribuciones han contribuido a restablecer el imperio del derecho.

No es entonces este trabajo una mera crítica a un procedimiento de expulsión en específico. Si bien hemos basado nuestra investigación en una legislación particular, a lo largo de su desarrollo hemos podido observar que es posible que estas críticas puedan ser aplicadas a procedimientos presentes en distintas leyes. En definitiva, nos referimos a un asunto mayor, a como se regula la utilización del poder punitivo por parte de la administración y cuales son las garantías que protegen a los administrados cuando estos son sujetos de una sanción administrativa, las que a la luz de las circunstancias parecen ser menores a las que rodean al proceso penal aún cuando las sanciones pueden resultar igualmente limitativas de la libertad personal, como es el resultado de una expulsión del territorio nacional, por dar un ejemplo relativo al procedimiento que se ha estudiado.

La reflexión acerca de una posible modificación a la ley de migraciones no ha sido abordada en este trabajo, no obstante, habiendo analizado la legislación argentina, parece ser esta un buen punto de comparación, en específico en lo relativo a los principios que uniforman la legislación y la forma en que considera a los migrantes como sujetos de derechos. Creemos que en lo sucesivo es necesario abogar por una adecuación de la ley para estas materias, la que debe considerar una nueva postura frente a la migración y que debe ser pensada como un instrumento que permita una mayor integración de los extranjeros que llegan a suelo chileno, de modo tal que podamos enfrentar los desafíos que provendrán de este fenómeno en las próximas décadas, el que lejos de disminuir pareciera que va en aumento en esta nueva Aldea Global.

## Bibliografía

### A) Doctrina

1. ALBORNOZ GABILÁN, José Esteban. “El debido proceso y su reconocimiento en los procedimientos disciplinarios de los órganos de la Administración del Estado regidos por la ley 18.834 sobre el estatuto administrativo”. Tesis para optar al grado de Magíster. Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2011.
2. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión N° 101, 9 de enero de 1975.
3. BARTOLUCCI LÓPEZ, Oriella. “Correr es mi destino por no llevar papel, Migrantes, su expulsión y debido proceso en Chile”. Memoria para optar al grado de Magister. Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2012.
4. BERMUDEZ SOTO, Jorge. “El control de la discrecionalidad administrativa”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (XVII), Valparaíso, Chile, 1996, pp. 275-284.
5. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “Elementos para definir las sanciones administrativas”, Revista Chilena de Derecho, Santiago, número especial, Santiago, Chile, 1998, pp. 323-334.
6. CASSAGNE, Juan Carlos. “La discrecionalidad administrativa”. Argentina, 2008. [en línea] <<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones.htm>> [consulta 14 de febrero 2014]
7. CASTILLO VERA, Francisco. “Vulneración del principio *Non Bis In Idem* en el sistema de sanciones estatales (penales y administrativas): inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Microjuris Boletín N° MJD321, Santiago, Chile, 2009.

8. CEA EGAÑA, José Luis. “*Marco Constitucional del Proceso.*”, Revista Chilena de Derecho y Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 9 ( N° 1), Valparaíso, Chile, 1982, pp. 69-84.
  
9. CENSO 2002, [en línea] <[http://www.censo.cl/contenido/documentos/poblacion\\_resultado\\_censo2012.pdf](http://www.censo.cl/contenido/documentos/poblacion_resultado_censo2012.pdf)> [consulta 26 de febrero 2014].
  
10. CENSO 2012, [en línea] < <http://www.censo.cl/tabulados.aspx>.> [consulta 26 de febrero 2014]
  
11. CIDH, Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, “Quinto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio”, OEA/ Ser.L/V/II.118, 2003, párr. 135.
  
12. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. Las normas administrativas y el sistema de fuentes. RDUCN 2010, vol.17, n.1 [citado 2014-01-08], pp. 21-50. [en línea].  
<[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S07187532010000100002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07187532010000100002&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-9753. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100002>.>
  
13. CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “Informe en Derecho: el control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”. Disponible en Unidad de Estudios, Defensoría Penal Pública, Santiago, Chile, 2009.
  
14. CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”, 8a ed., Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
  
15. DESANTES GUANTER, José María. “Los mensajes simples en el *Ius Communications* de Francisco de Vitoria”. Universidad de Navarra, España, 2005. [en línea]  
<[dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12681/1/PD\\_20\\_05.pdf](dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12681/1/PD_20_05.pdf)>

16. DOMENECH, Eduardo E. “Inmigración, estado y educación en Argentina: ¿Hacia nuevas políticas de integración?”, versión revisada de la ponencia presentada en la XXV Conferencia Internacional de Población de la USSP realizada en Tours, Francia, en el mes de julio de 2005. [En línea] <http://webiigg sociales.uba.ar/pobmigra/archivos/domenech.pdf> [consulta 25 de febrero].
17. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. “Los derechos constitucionales”. 3ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2004.
18. MATURANA MÍQUEL, Cristián. *Disposiciones Comunes a todo procedimiento*. Apuntes de clases de la cátedra de Derecho Procesal. Facultad de Derecho Universidad de Chile.
19. MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I., Ed. Abeledo Perrot, Santiago, Chile, 2010.
20. MAÑALICH, Juan Pablo. “El principio Ne Bis In Idem en el derecho penal chileno”. Revista de Estudios de la Justicia, nº 15, Santiago, Chile, 2011.
21. MORAGA KLENNER, Claudio. “¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?”. Revista de la Facultad de Derecho, Nº 67, Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima, Perú, 2011, pp. 231-251.
22. MORAGA KLENNER, Claudio. “Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la administración del Estado.” Tomo VII. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, 2010.

23. NÁQUIRA, Jaime, IZQUIERDO, Cristóbal, VIAL, Paula y VIDAL, Víctor. “Principios y penas en el derecho penal chileno”. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>, [visitado el 10 de marzo de 2014].
24. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La Libertad Personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, Vol. XIII, Valdivia, Chile, 2002, pp. 161-186.
25. NOVOA MONREAL, Eduardo. “Curso de Derecho penal chileno”. 3a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2010.
26. PANTOJA BAUZA, Rolando. “El derecho administrativo: Concepto, características, sistematización, prospección (2)”. 2ª edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1996.
27. QUIROGA, Juan Manuel y VERÓN, Daniel. “Aproximación a la legislación migratoria Argentina”, Argentina, [en línea] <https://docs.google.com/document/d/1zYwuYck7-9rcKvqYkjRHOXZ3qeQV1rnm2jH0CaRxUyg/edit?num=50&sort=name&layout=list&pli=1> [consulta 25 de febrero de 2014]
28. ROMAN CORDERO, Cristián. “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile”. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VIII, N° 16, Uruguay, 2009, pp. 89-101.
29. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. “Tratado de derecho constitucional”. Segunda edición, Volumen XIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1994.
30. TORO JUSTINIANO, Constanza. “El debido proceso: Un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Memoria de prueba

para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, 2008.

31. VELASCO, Juan Carlos. “Desafíos políticos de los países de inmigración” Publicado en “Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político” (México), nº 3 (2008), 24 p. [en línea] <[http://digital.csic.es/bitstream/10261/8134/1/Desafios\\_politicos\\_paises\\_inmigracion\\_Confluencia\\_XXI\\_3\\_Mx2008.pdf](http://digital.csic.es/bitstream/10261/8134/1/Desafios_politicos_paises_inmigracion_Confluencia_XXI_3_Mx2008.pdf)> [consulta 7 enero 2014]
32. VERGARA BLANCO, Alejandro. “Esquema de los principios del Derecho Administrativo Sancionador”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 11, Nº 2, Coquimbo, Chile, 2004, pp. 137-147.

## B) Legislación.

1. Constitución Política de la República de Chile. 1980.
2. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1948.
3. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1966.
4. Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, adoptado por Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1966.
5. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1951.
6. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1954.

7. Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1965.
8. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Forma de Discriminación Contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1979.
9. Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1984.
10. Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño, adoptada por La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas 1989.
11. Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 1990.
12. Ley 19.581 de 1 de septiembre de 1998. Chile. Establece categorías de habitantes de zonas fronterizas. Publicada el 1 de septiembre de 1998 en el Diario Oficial de Chile.
13. Ley 25.871 de 21 de enero de 2004. Argentina. Ley de migraciones.
14. Decreto Ley N° 1.094, Ministerio del Interior, de 14 de julio de 1975. Chile. Establece normas sobre extranjeros en Chile. Publicado el 19 de julio de 1975 en el Diario Oficial de Chile.
15. Decreto N° 597, Ministerio del Interior de 14 de junio de 1984. Chile. Aprueba nuevo reglamento de Extranjería. Publicado el 24 de noviembre de 1984 en el Diario Oficial de Chile.
16. Decreto con Fuerza de Ley N° 69, Ministerio de Hacienda, de 27 de abril de 1953. Chile. Crea Departamento de Inmigración y establece

normas sobre la materia. Publicado el 8 de mayo de 1953 en el Diario Oficial de Chile.

17. Decreto N° 2.043, Ministerio del Interior, de 15 de diciembre de 1981. Chile. Delega atribución de cambiar la condición jurídica de turista por las calidades de residente con visa de estudiante, visa sujeto a contrato o visa temporaria, en autoridades que indica. Publicado el 10 de febrero de 1982 en el Diario Oficial de Chile.
18. Decreto N° 818, Ministerio del Interior, de 13 de julio de 1983. Chile. Delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros que señala. Publicado el 8 de septiembre de 1983 en el Diario Oficial de Chile.
19. Decreto N° 5.142, Ministerio del Interior, de 13 de octubre de 1960. Chile. Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros. Publicado el 29 de octubre de 1960 en el Diario Oficial de Chile.

### C) Jurisprudencia

1. Corte Suprema Rol 5112-2013 de 08 de agosto de 2013.
2. Tribunal Constitucional (2003) Rol 376-2003, considerandos 34° y 35°.
3. Tribunal Constitucional (2007) Rol 808-2007, considerando 10°.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas; párrafo 126.)
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ichver Bronstein vs. Perú, párrafo 102, 6 Febrero 2001

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Párr. 121 y 122, 17 de Septiembre de 2003.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional, 31 de Enero de 2001, párrafo 71.
8. Sentencia Rol 1.244-2013, pronunciada por la décima sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, redactada por el ministro Carlos Cerda. Confirmada por la sentencia Rol 5212-2013, pronunciada por la segunda sala de la Corte Suprema, con dos votos disidentes; unos por el ministro Alfredo Pfeiffer y otro por el abogado integrante Jorge Barahona.
9. Sentencia de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2009, rol n° 169, considerando 7°.