



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Los Límites Jurídicos a la Expulsión de los Inmigrantes en Chile

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

Autora: Cristina Amanda Bernal Carrasco

Profesora Guía: Liliana Galdámez Zelada

Santiago de Chile, 2018.

A mi madre y padre, por su apoyo, comprensión y cariño.

Índice

Resumen.....	5
Introducción.....	7
Capítulo I: Legislación migratoria en Chile.....	11
1. Antecedentes de la legislación migratoria en Chile	11
2. Constitución Política de la República	14
2.1 Estatuto de Nacionalización	14
2.2 Derechos Fundamentales de los Inmigrantes en la Constitución.....	17
2.3 Relación de la Constitución con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)	19
3. Decreto Ley (DL) N°1094.....	19
3.1 Causales de expulsión en el DL n° 1094	21
3.2 Discrecionalidad presente en el DL n° 1094 y su efecto en las expulsiones de inmigrantes	23
3.3 Otros aspectos relevantes del DL n° 1094.....	24
3.4 DL n° 1094 y la realidad actual de Chile.....	25
4. Decreto n° 597 de 1984.....	26
4.1 Análisis del Decreto n° 597	27
4.3 Causales de expulsión en el Decreto n° 597.....	28
5. Proyecto de Nueva Ley de Migraciones	28
5.1 Disposiciones de Proyecto de Nueva Ley de Migraciones.....	29
5.2 Características del Proyecto de Nueva Ley de Migraciones	31
Capítulo II: Análisis Jurisprudencial sobre los límites a la expulsión de inmigrantes en Chile.....	33
1. Jurisprudencia que desarrolla el principio de la reunificación familiar como límite a la expulsión de los inmigrantes en el Derecho Chileno.....	33
2. Jurisprudencia que desarrolla el principio del interés superior del niño como límite a la expulsión de los inmigrantes en el Derecho Chileno	34
3. Jurisprudencia que desarrolla el principio del debido proceso como límite a la expulsión de los inmigrantes en el Derecho Chileno.....	36
4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre expulsión de inmigrantes.....	38
4.1 Fallo Rol n° 2273-12.....	38
4.2 Fallo Rol n° 2257-12.....	39
4.3 Aspectos comunes de los fallos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	39
Capítulo III: Criterios que limitan la expulsión de extranjeros en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	43
1.1 Principio de la reunificación familiar	46
1.1.1 Concepto de Familia.....	47
1.1.2 Consagración de la reunificación familiar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación chilena	48
1.1.3 La reunificación familiar en la legislación Chilena	49

1.1.4 El principio de la reunificación familiar en el sistema interamericano.....	50
1.1.5 El principio de reunificación familiar en el sistema europeo	51
1.2 Principio del interés superior del niño	53
1.2.1 Concepto del interés superior del niño	54
1.2.2 Consagración de interés superior del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación chilena.....	54
1.2.3 El interés superior del niño en la legislación chilena.....	56
1.2.4 El interés superior del niño en el sistema interamericano	56
1.2.5 El interés superior del niño en el sistema europeo.....	57
1.3 El principio del Debido Proceso.....	58
1.3.1 Concepto de debido proceso	59
1.3.2 Consagración del debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación chilena	60
1.3.3 El debido proceso en la legislación chilena	61
1.3.4 El debido proceso en el sistema interamericano.....	62
1.3.5 El debido proceso en el sistema europeo.....	63
Conclusiones	65
Bibliografía	71
I. Doctrina	71
II. Documentos Legales	75
III. Legislación	76
1. Legislación nacional.....	76
2. Legislación internacional.....	76
IV. Jurisprudencia.....	77
1. Jurisprudencia nacional	77
2. Jurisprudencia internacional	77
Anexos: Fichas de Jurisprudencia.....	79

Resumen

La pregunta que se plantea en la presente investigación que gira en torno a los límites jurídicos de la expulsión de los extranjeros en la legislación chilena, dice relación a si dichos límites efectivamente existen, siendo la respuesta afirmativa. Esto se hace efectivo mediante el artículo quinto inciso segundo de la Constitución que posibilita el ingreso de aquellos derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales firmados y ratificados por Chile, que contienen principios, directrices y fundamentos relativos a los Derechos Humanos, y que por tener tal importancia pasarían a formar parte del Ordenamiento Jurídico Chileno.

La hipótesis planteada es que no existen dichos límites jurídicos expresamente mencionados en la legislación chilena, pero estos límites se hacen parte de la misma mediante el artículo quinto de nuestra Carta Fundamental, ya antes mencionado. Es así, como los tribunales han hecho uso de los diversos instrumentos internacionales en los que dichos límites se encuentran para hacer frente a expulsión de inmigrantes de naturaleza arbitraria emanadas por los distintos órganos administrativos que poseen la facultad de determinar dicha sanción.

Se hace una comparación en torno a cómo trata el Sistema Europeo de DDHH a dichos límites, así como también el Sistema Interamericano en general. Se comprueba que Chile ha ido acercándose a dichos parámetros pero aún queda una importante labor frente al reconocimiento expreso de los derechos de los inmigrantes en el país.

Introducción

La migración es un suceso natural en los seres vivos, y muy anterior a la creación del Estado tal y como los conocemos en la actualidad. Desde el inicio de los tiempos, se ha demostrado que los pueblos nómades se movían de un lugar a otro cuando las condiciones de vida del lugar en el que se encontraban no les permitían subsistir. Es así como la migración se ha presentado a lo largo de la historia de la humanidad siendo un fenómeno que enriquece a los seres humanos, tanto a quienes llegan a nuevo destino, como a los habitantes del país que los recibe.

Para efectos del presente trabajo, inmigración se define como un fenómeno mediante el cual una persona extranjera se interna en otro país con el objetivo de establecerse en él¹, ello por diversos motivos: por búsqueda de trabajo, o por querer mejorar su condición de vida, e incluso por amenazas en el país de origen.

La expulsión del país es uno de los efectos del fenómeno de la inmigración, y una de las mayores sanciones a la que pueden encontrarse afectos aquellos extranjeros que caen en las causales establecidas en la legislación migratoria, causales que muchas veces no se encuentran del todo fundamentadas, dando paso a arbitrariedades por parte del órgano encargado de dictar la orden de expulsión respectiva. En la legislación chilena, no está definido el significado de expulsión, sin embargo, este concepto se encuentra definido en el Glosario Sobre Migración de la Organización Internacional para Migraciones, que lo define como un *“Acto de una autoridad del Estado con la intención y el efecto de asegurar la salida del territorio de ese Estado de una o varias personas (extranjeros), contra su voluntad”*². La naturaleza de este acto es ser la de un *“acto del órgano ejecutivo que contiene una orden en que se indica al extranjero que abandone el Estado”*³.

¹ Organización Internacional para las Migraciones. Los términos claves para la migración [en línea]. [Fecha de consulta: 20 de mayo de 2017]. Disponible en: <<https://www.iom.int/es/los-terminos-clave-de-migracion>>

² MIGRACIÓN, GLOSARIO SOBRE. Derecho Internacional sobre Migración. *Organización Internacional del Migrante (OIM)*, 2006. p. 28

³ ZÚÑIGA, Francisco. El estatus constitucional de los extranjeros. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1998. p. 304

Si bien Chile no se ha caracterizado por ser un país con un gran número de inmigrantes (411.000 migrantes en 2014⁴) -en comparación a otros países como Reino Unido que concentra una cantidad de 8,5 millones de inmigrantes, o Alemania con un número de 12 millones de ellos⁵-, el número de extranjeros que cruza la frontera para asentarse en el país es cada vez mayor por lo que en el contexto actual nos encontramos frente a una sociedad cada vez más cosmopolita, es decir, una comunidad humana compuesta por distintas culturas, credos e idiomas. Esto se debe en parte a la sostenida estabilidad económica, política y social que ha logrado Chile en los últimos años, y que ha permitido atraer a aquellos que desean mejorar sus condiciones de vida. La legislación migratoria vigente dificulta la regularización de la situación de inmigrantes indocumentados, lo que conlleva muchas veces la expulsión de ellos del país debido a encontrarse en una situación migratoria irregular.

Muchos han sido los intentos por cambiar tal legislación, debido a que esta fue dictada en los años 70' y por tanto dicha legislación no es acorde a la realidad que vive el país. Dicha legislación se ve imbuida de la Doctrina de Seguridad Nacional, doctrina en la que predomina un ideario restrictor de las fronteras y una fuerte política de expulsión de amenazas externas que pudieren afectar al país. Durante el último gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, se presentó un proyecto de ley que busca derogar la actual normativa vigente sobre migraciones, siendo sustentado dicho proyecto en los instrumentos internacionales ratificados por Chile en materia de Derechos Humanos, consagrando dicho proyecto de ley, una amplia gama de derechos de los inmigrantes de manera taxativa a lo largo de su articulado, dicho proyecto será analizado con detención en el primer capítulo del presente trabajo.

La legislación migratoria actual (Decreto Ley n° 1.094 y el Reglamento n° 597) otorga un amplio margen de discrecionalidad en el ámbito de expulsión de los migrantes, lo que permitiría expulsar a un extranjero sin un fundamento razonable o adecuado al caso

⁴ PEDEMONTE, Nicolás Rojas; DITTBORN, Claudia Silva. La Migración en Chile: Breve reporte y caracterización. 2016. p. 10.

⁵ BBC Mundo. Estos son los 10 mejores países del mundo para emigrar. Noticias Internacionales [en línea]. 23 de febrero de 2017. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2017]. Disponible en: <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39059460>>

concreto. Pero como contrapartida de aquella discrecionalidad, hoy en día los tribunales de justicia tienden a la aprobación de recursos interpuestos a favor de los extranjeros residentes en el país cuyo objetivo es rechazar la orden de expulsión emanada del órgano de la Administración respectivo. Esto lo hacen mediante un análisis de *“razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones dictadas por la Administración –en especial órdenes de abandono y expulsiones- exigiendo la valoración de circunstancias familiares y personales concurrentes al momento de examinar la legalidad y razonabilidad de las decisiones”*⁶. Estos límites jurídicos que los tribunales han considerado para dejar sin efecto las distintas órdenes de expulsión, se han desarrollado en la órbita del Derecho Internacional de Derechos Humanos, los que se manifiestan en forma de derechos y principios que se encuentran presentes en los más importantes instrumentos internacionales ratificados por Chile y que serán estudiados más adelante con detalle, en el tercer capítulo de la presente tesis.

La pregunta del presente trabajo es si efectivamente existen límites jurídicos expresos en la legislación chilena respecto de la expulsión de los inmigrantes, y de existir estos determinar cuales serían dichos límites.

La hipótesis de la presente investigación es que en Chile no existen límites jurídicos expresos respecto de la sanción de expulsión de inmigrantes en Chile, aunque estos han sido desarrollados por los tribunales de justicia en base a los principios emanados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El objetivo del presente es determinar la existencia o inexistencia de los límites jurídicos ante la expulsión de los inmigrantes, y de existir su adecuada identificación. Para dicho fin, el presente trabajo se dividirá en tres capítulos: En el primero de ellos se analizará el marco normativo vigente respecto de la expulsión de inmigrantes en Chile, lo que conllevará un análisis histórico de dicha legislación, así como los principios que cimentaron dicha legislación migratoria. Luego, en el segundo capítulo, serán analizados casos jurisprudenciales que desarrollan los límites jurídicos que han sido desarrollados por el DIDH, y que son aplicados en Chile por los tribunales de justicia, así como por el Tribunal Constitucional. Posteriormente, en el tercer capítulo se examinarán los principios señalados

⁶ GODOY, Rodrigo Araya; VON DER HUNDT, Marcel Didier. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. *Anuario de Derechos Humanos*, 2014, no 10. p. 150.

en el capítulo segundo según el sistema interamericano de derechos humanos, así como también serán analizados en el sistema europeo, con el objetivo de determinar si Chile cumple con el estándar internacional en la materia.

Capítulo I: Legislación migratoria en Chile

1. Antecedentes de la legislación migratoria en Chile

La migración en Chile se ha presentado desde sus inicios con la población española, cuyo objetivo era colonizar las tierras del Reino de Chile. El Reglamento Constitucional del año 1812 y una ley del año 1817 dejaron clara su preferencia por los hispanos de la época, ya que, en el primer cuerpo legal se señala que a estos se les considera *hermanos*, y en la ley del año 1817 se restringe el acceso al país de europeos no españoles.

En un inicio se produjo una migración de europeos quienes eran comerciantes, grupo compuesto inicialmente por ingleses y franceses. Dicho grupo era parte de lo que se denomina una migración voluntaria o libre, quienes se ubicaron principalmente en el puerto de Valparaíso. Al mismo tiempo se planea por el Estado de Chile una migración dirigida, lo que hace necesaria la creación de una norma que regule dicho proceso, siendo dicha ley promulgada el 10 de abril del año 1824. Esta ley considera el otorgamiento de terrenos y la liberación de impuestos para aquellos inmigrantes que desarrollaran labores destinadas a la producción⁷.

Con el objetivo de colonizar los territorios que se encontraban en el sur del país, se dicta la Ley de Colonización del año 1845, con la que se esperaba que con la llegada de flujo migratorio planificado se mejorara la raza chilena⁸, y también se esperaba un gran aporte de estos inmigrantes en la cultura, economía y sociedad, sumado al aumento de la población del país. Esta inmigración planificada se caracterizaba en que los europeos que eran elegidos para venir a Chile contaban con ciertas características que los hacían sujetos idóneos para cumplir los objetivos antes señalados, y de esa manera obtener los resultados esperados que beneficiarían a la joven nación a la que llegaron. A modo de contraprestación de ese aporte se les entregaban tierras en concesión y otros recursos, e incluso se les otorgó la nacionalidad por el solo motivo de asentarse en las colonias.

⁷ LARA ESCALONA, María Daniela. Evolución de la legislación migratoria en Chile claves para una lectura (1824-2013). *Revista de historia del derecho*, 2014, no 47. p. 63.

⁸ SANDOVAL, Rodrigo. Hacia una política nacional migratoria. En *Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración*. Tijoux, María Emilia (Editora). Santiago de Chile. Editorial Universitaria. 2016. p. 104.

Una regulación que marcó a las normas dictadas con posterioridad, fue la ley n° 3446, ley conocida como “*Ley que impide la entrada al país o la residencia en el país en él de elementos indeseables*”⁹, la que fue publicada en el Diario Oficial (En adelante D.O) el 12 de diciembre de 1918. En esta ley se encuentran claros vestigios de la discrecionalidad para la expulsión de inmigrantes en las regulaciones posteriores, como por ejemplo la causal del n° 1 del artículo 15 del actual DL N°1094, la que es muy similar a una disposición de la ley n° 3446.

En el año 1953 se dicta el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, en el que se mantiene la concepción selectiva de la inmigración y la idea de mejorar la raza chilena. Una particularidad de esta ley es que se reconoce la categoría de la inmigración libre que se caracteriza porque los inmigrantes debían costearse su propio pasaje a Chile y su establecimiento¹⁰ en el territorio, a diferencia del caso de la inmigración dirigida o planificada cuyos inmigrantes contaban con apoyo estatal para su llegada y subsistencia al país.

En el año 1975, en el contexto de la dictadura militar se dicta el Decreto Ley N° 1.094 que recoge el ideario de “*la Doctrina de Seguridad Nacional, sustentada en tres ejes que definen el paradigma migratorio que actualmente configura la normativa vigente: la amenaza, amplia discrecionalidad y un fuerte control de las fronteras (externas e internas)*”¹¹. Este Decreto Ley recoge todas las premisas que se encontraban en las leyes migratorias anteriores, predominando la idea de una política migratoria restrictiva que limite el acceso de los inmigrantes al país. La época de la dictadura militar en Chile se destacó por imponer una política migratoria que implicó la expulsión de muchos migrantes que habían llegado en los años 60’ a vivir al país, pero no se limita a los extranjeros sino que en esta época también se exilió a muchos nacionales que estaban en contra del régimen político de la época. Claramente dicha ley subsiste a la dictadura y no se condice con la realidad que vive el país en la actualidad.

⁹LARA, Op. cit. p. 72.

¹⁰ GALDÁMEZ Zelada, Liliana, LAGES de Oliveira, Rita (Directoras de investigación). Migración y derechos humanos: Informe temático 2016. Santiago de Chile. 2016. p. 9.

¹¹ PEDEMONTE y DITTBORN, Op. cit. p. 104.

Con el retorno a la democracia, se modifica el enfoque existente en la legislación migratoria, esto es, desde una legislación proteccionista y segregadora respecto de los migrantes, hacia un enfoque que busca proteger a los mismos, es decir, un enfoque que mira hacia la protección de los derechos de los extranjeros. En este sentido, uno de los hitos fundamentales ocurrió un 24 de septiembre de 1993, año en que el estado chileno suscribió la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

En el año 2008, durante el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, se dictó un importante instructivo ministerial que pretendía consagrar una nueva ley migratoria que al final no llegó a buen puerto, pero que produjo un importante cambio de paradigma para futuras regulaciones migratorias, ello porque se logró un cambio fundamental respecto de la visión que se tiene del inmigrante, ya que, se relaciona *“la protección de los derechos humanos de los migrantes y la administración ‘efectiva’ de los flujos migratorios, es decir, una gestión que permita lograr que estos desplazamientos de personas sean ordenados, predecibles y ‘aceptables’ — esto es, útiles a los intereses del país de destino—, y por lo tanto manejables.”*¹²

El día 21 de agosto del presente año, la Presidenta Michelle Bachelet presentó el proyecto de ley (Mensaje 124-365) que regula una nueva legislación migratoria, con un enfoque centrado en los derechos humanos de los inmigrantes. Se señala en el mensaje que se hace necesario construir un sistema legislativo que se adapte al estándar del sistema de DIDH.

En términos cuantitativos la migración en Chile ha aumentado durante los últimos 12 años, siendo actualmente un total de 2,3% del total de la población nacional¹³. Este aumento progresivo del flujo migratorio hace necesaria una nueva ley que consolide los derechos y garantías para la población migrante actual y futura. Además, Chile ha ratificado diversas Convenciones Internacionales y Tratados en las que se compromete a respetar y salvaguardar los derechos de los inmigrantes.

¹² STANG, María Fernanda. De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014. *Polis (Santiago)*, 2016, vol. 15, no 44. p. 93.

¹³ ROJAS y SILVA, Op. cit. p.10.

2. Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República que entró a regir en el año 1980 es el marco jurídico de toda nuestra legislación actual, y por tanto, ninguna ley puede sobrepasar los límites estipulados en este magno cuerpo legal.

En este apartado se estudiará la importancia de la Constitución respecto de la situación de los inmigrantes en el país y los derechos de los mismos, establecidos en ella.

2.1 Estatuto de Nacionalización

El Estatuto de nacionalidad se encuentra en el Capítulo II de la Constitución, denominado Nacionalidad y Ciudadanía. Se define a la nacionalidad como “*el vínculo jurídico que une a una persona con un estado determinado. El vínculo jurídico es una relación que genera derechos y obligaciones recíprocos*”¹⁴.

Este Capítulo establece en el art. 10 quienes son chilenos, y su vez se reconocen dos fuentes de la nacionalidad, siendo estas la fuente originaria (reconocida en los numerales 1 y 2 del art. 10) y la fuentes derivadas (señaladas en el numeral 3 y 4). Luego, la Constitución distingue dos principios de suma importancia, el primero de ellos es el principio del *jus solis* recogido en el numeral primero del art. analizado. Dicho numeral establece que son chilenos aquellos nacidos en territorio nacional, con excepción de **1) aquellos nacidos en Chile que sean hijos de extranjeros transeúntes**, y 2) los hijos de extranjeros nacidos en Chile, que se encuentren en el país al servicio de su gobierno. En el numeral segundo se establece el principio *jus sanguinis* que es “*el derecho a la nacionalidad por razón del parentesco*”¹⁵.

Respecto de principio *jus solis*, se producía el fenómeno de los niños apátridas, quienes quedaban inscritos en el Registro Civil con el estatus de “hijo de extranjero transeúnte”, no siéndole reconocido ninguna nacionalidad a estos menores. El derecho a la nacionalidad, se encuentra presente en diversos tratados y convenciones internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Costa Rica sobre Derechos Civiles y Políticos, en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la Convención para la protección de los trabajadores

¹⁴ ESPIÑEIRA, Eugenio Evans. La Constitución Explicada. Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010. p. 15.

¹⁵ *Ibíd.* p. 16.

migrantes y sus familias, en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y también en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) sugirió a Chile la ratificación de las Convenciones sobre el Estatuto de los Apátridas y para Reducir los Casos de los Apátrida¹⁶. El no tener nacionalidad chilena, dejaba en completa desprotección al menor, el que no puede tener acceso a los derechos o beneficios de protección social que otorga el Estado.

Ante tal situación, el Registro Civil y el Departamento de Extranjería y Migración, establecieron mecanismos rápidos y de fácil acceso, que permitieron regular la situación de aproximadamente 2500 menores, cuyos padres constaban de una situación jurídica irregular. El mecanismo implementado por estas instituciones, busca salvaguardar un derecho de vital importancia, del cual carecían estos menores de edad, que quedaban totalmente desprotegidos, siendo tal derecho el de la nacionalidad, y el que se ha fortalecido en el Derecho Internacional convencional, “*como un derecho esencial que arranca de la dignidad humana*”¹⁷, siendo mirado el estatus de extranjero regulado de forma inestable y precaria, cuya mayor desigualdad ocurre respecto de la expulsión, sanción a la cual solo pueden ser sometidos los extranjeros (y apátridas)¹⁸, de allí la importancia sustancial de asignar a los menores apátridas la nacionalidad chilena.

Es por ello, que en el contexto de estudio, la nacionalidad se muestra como un suerte de estatus, ya que, este surge junto a un opuesto que es el estatus del extranjero, quien queda desprotegido ocasionándose una desigualdad respecto del nacional¹⁹. Esta situación de desigualdad se hace evidente mediante la legislación de extranjería vigente en el país, la

¹⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos. Hijos e hijas de migrantes nacidos en Chile están en riesgo de apatridia. Noticias INDH [en línea]. 20 de enero de 2017. [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/hijas-e-hijos-de-migrantes-nacidos-en-chile-estan-en-riesgo-de-apatridia/>>

¹⁷ ZÚÑIGA, Op. cit. p. 307.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.* p. 302.

que contiene un trato desigual respecto de los inmigrantes²⁰, amparada dicha legislación aún en la Doctrina de la Seguridad Nacional, que será comentada más adelante.

En el Capítulo de la Constitución en comento, también se establece el régimen de ciudadanía, el que curiosamente no reconoce al extranjero como un ciudadano (art. 13), aunque sí se les reconoce el derecho a sufragio en el art. 14 a aquellos extranjeros que hayan permanecido en Chile por más de 5 años y que cumplan con lo establecido en el inciso primero del art. 13, siendo estos que el extranjero haya cumplido los 18 años y que no haya sido condenado a pena aflictiva.

Es de vital importancia señalar que el artículo 13 relativo a la ciudadanía establece ciertos derechos políticos, derechos con los que los extranjeros no cuentan, salvo el derecho a sufragio²¹. Es así como el art. 14 en su inciso segundo, establece que los extranjeros nacionalizados mediante carta de nacionalización, pueden optar a cargos de elección popular, solo cuando hayan pasado 5 años desde estar en posesión de sus respectivas cartas de nacionalización. Es por ello que la ciudadanía representa un factor importante de desigualdad en cuanto al ejercicio de la titularidad y de los derechos fundamentales²².

2.1.1 Recurso de reclamación de nacionalidad

Este recurso se contempla en el artículo 12 de la Constitución Política, y tiene como objetivo dejar sin efecto una resolución administrativa que tenga por objetivo la privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena de alguna persona. Dicho recurso debe interponerse ante la Corte Suprema, por cualquier persona a nombre del afectado, en un plazo de 30 días desde ocurrido el acto o resolución administrativa.

²⁰ Departamento de Extranjería y Migración. Registro Civil y Departamento Extranjería reconocerán nacionalidad chilena a “hijos de extranjero transeúnte”. Noticias DEM [en línea]. 6 de mayo de 2016. [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017]. Disponible en <<http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/05/06/registro-civil-y-departamento-extranjeria-reconoceran-nacionalidad-chilena-a-hijos-de-extranjero-transeunte/>>

²¹ ZÚÑIGA, Op. Cit. p. 307.

²² BASSA MERCADO, Jaime. Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Revista del magister y doctorado en derecho*, 2007, no 1. p. 22.

Dicho recurso cobra importancia en esta investigación, debido a que se ha acogido varias veces por la Corte Suprema en casos de hijos de extranjeros nacidos en Chile, a los que se les ha categorizado como “hijo de extranjero transeúnte”, por lo que el objetivo de esta recurso es que se les reconozca la nacionalidad chilena debido a haber nacido en Chile (jus solis).

2.2 Derechos Fundamentales de los Inmigrantes en la Constitución

La Constitución no establece diferencia alguna entre extranjeros y nacionales, respecto de la protección y garantía de los derechos fundamentales, es más, lo que hace es reconocer la igualdad de dichos derechos, como en el caso del art. 19 que expresa “*La Constitución asegura a todas las personas: ...*”, o el art. 1 que señala que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, y el art. 5 en su inciso segundo que impone como límite al ejercicio de la soberanía, “*el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. Esta igualdad existente entre nacionales y extranjeros, se patentan en el art. 19 n° 2 que garantiza la igualdad ante la ley, y n° 3 que señala “*La Constitución asegura a todas las personas: 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*”. Muchas veces los inmigrantes pueden ver vulnerados estos derechos, con ocasión de la discrecionalidad presente en la Ley y el Reglamento de Extranjería, que se otorga con el objeto del otorgamiento, prórroga o cambio de visaciones de los extranjeros residentes en el país, o en cuanto a los procedimientos administrativos, los que no se ajustan al principio del debido proceso²³.

Nos encontramos frente a una Constitución muy garantista en cuanto a Derechos Humanos se refiere. El principio de la **reserva legal** es fundamental, porque en base a dicho principio solamente la legislación puede limitar los derechos fundamentales, siendo la intervención de la Administración condicionada a una “*habilitación legal previa*”²⁴, esto se refiere a que la regulación de los derechos fundamentales mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución, requerirá de este requisito de forma anticipada. Sin embargo, si se cuenta con la habilitación legal pertinente, y esta cumpla con los requisitos de ser

²³ BASSA MERCADO, Jaime; TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. Desafío para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, 2015, vol. 13, no 2, p. 114.

²⁴Ibid. p. 25.

específica (señalar qué derecho será limitado), y sumado a ello que se expresen las medidas concretas que serán aplicadas, podría limitarse cierto derecho fundamental o su ejercicio²⁵.

Respecto de las causales de expulsión, en el caso que dicha sanción sea ejecutada de forma arbitraria, se estarían vulnerando el derecho a la libertad de circulación, específicamente el derecho a residir y permanecer en cualquier lugar del territorio, o bien trasladarse de un punto a otro.

En cuanto al derecho a la protección de la salud (19 n°9) y el derecho a la educación (19 n° 10), cabe señalar que el acceso a dichos derechos para los inmigrantes no ha sido sencillo, a pesar de ser garantizados en la Constitución, siendo necesarios mecanismos que faciliten el acceso a la educación y a la salud de manera más eficaz y extensiva a las comunidades de inmigrantes en el país. En materia de salud, las autoridades se han centrado en la protección de las mujeres embarazadas, así como en la salud de los menores de edad, que no cuenten con una condición migratoria regular.

En cuanto a la educación la atención se ha centrado en permitir el acceso a niñas, niños y adolescentes migrantes, facilitando la incorporación a establecimientos educacionales²⁶, aun cuando estos no cuenten con su situación migratoria regularizada.

Respecto del derecho a la seguridad social con el que cuentan las personas (art. 19 n° 8), se hace necesario la regulación migratoria del trabajador migrante con el objetivo de permitirle trabajar en condiciones dignas y adecuadas a la naturaleza de su oficio, y que se le puedan enterar sus cotizaciones previsionales, además de ello que ni el inmigrante ni el empleador sean sancionados por la situación irregular del trabajador migrante²⁷, permitiéndole mayores facilidades para que dicho trabajador pueda regular su situación en el país.

²⁵ *Ibíd.* p. 29.

²⁶ GALDÁMEZ y LAGES, *Op. cit.* p. 22.

²⁷ *Ibíd.* p. 24.

2.3 Relación de la Constitución con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)

Chile ha ratificado diversos instrumentos internacionales consagrando importante reconocimiento y valor a los Derechos Humanos (en adelante DDHH), lo que en el contexto de estudio constituye un estándar mínimo internacional aplicable al inmigrante. Entre estos tratados cabe mencionar la Convención Americana sobre DDHH, la Convención sobre condiciones de los extranjeros, la Declaración Universal de los DDHH, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los principios y derechos más relevantes en razón de este trabajo son 1) el principio de reunificación familiar, 2) el principio del interés superior del niño, y 3) el principio del debido proceso.

Si bien la Constitución no menciona estos principios, al tratarse de derechos fundamentales, en caso de conflictos con la legislación interna de un país, se les ha dado prevalencia a dichos instrumentos internacionales debido a la naturaleza de los derechos que ellos contienen²⁸.

En el segundo y tercer capítulo del presente trabajo, se analizará la relación entre estos principios del DIDH y su respectiva aplicación por los tribunales de justicia chilenos.

3. Decreto Ley (DL) N°1094

El 14 y 19 de julio de 1975, se promulgó y publicó el Decreto Ley n° 1094, en el contexto de la dictadura militar que se basa en la idea de *“la Doctrina de Seguridad Nacional, sustentada en tres ejes que definen el paradigma migratorio que actualmente configura la normativa vigente: la amenaza, amplia discrecionalidad y un fuerte control de las*

²⁸ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, 2008, vol. 6, no 2, p. 115.

*fronteras (externas e internas)”*²⁹. Este Decreto Ley recoge todas las premisas que se encontraban en las leyes migratorias anteriores, predominando la idea de una política migratoria restrictiva que limite el acceso de los inmigrantes al país. Este Decreto Ley tuvo como objetivo prohibir o evitar el ingreso de posibles amenazas externas vinculadas al comunismo.

El DL N° 1094 es uno de los cuerpos legales fundamentales en materia de migración actual, y conserva en su contenido un fuerte recelo por lo foráneo que se observa en la legislación que precede al cuerpo legal en comento, como por ejemplo, el DFL n° 69 del año 1953 “*el que en su preámbulo contiene disposiciones que destacan la importancia de elementos biológicos al sostener que una inmigración seleccionada perfeccionaría las condiciones biológicas de la raza*”³⁰ y el caso de la Ley n° 3443 que limita el acceso al país de ciertos extranjeros e impone la sanción de expulsión a aquellos los inmigrantes no deseados.

Se define a la Doctrina de Seguridad Nacional como un conjunto estructurado de hipótesis y experiencias asociadas a la geopolítica que fue creada a fines de la Segunda Gran Guerra, y adaptada al contexto de la Guerra Fría³¹. Es así como luego de la Segunda Guerra Mundial se da una batalla ideológica (comunismo contra capitalismo), batalla de la que Chile no estuvo exento.

En el año 1970, el censo de la época señaló que tan solo el 1% de los habitantes del país eran extranjeros, lo que constituye la cifra de extranjeros más baja en la historia del país³². Resulta interesante destacar este dato, ya que, es en este contexto en el que se dicta el DL n° 1094. Es claro entonces, que el objetivo de la norma era evitar algún tipo de subversión tanto interna como externa, limitando el ingreso al país de los extranjeros. En dicho Decreto aún sobreviven claras muestras de este ideario que predominó en la época dictatorial, encontrándose una de ellas en el artículo 15 numeral primero que señala que “*Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la*

²⁹ SANDOVAL, Op. cit. p.104.

³⁰ LARA, Op. cit. p. 21.

³¹ STANG, Op. cit. p. 86.

³² LARA, Op. cit. p. 79.

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”.

3.1 Causales de expulsión en el DL n° 1094

En el art. 1 de las disposiciones generales del Decreto, se señala que *"El ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, **la expulsión** y el control de los extranjeros se regirán por el presente decreto ley."*

El artículo 15 establece una serie de prohibiciones de ingreso al país para los extranjeros que se compone de 8 numerales, entre los que llama la atención el numeral primero, ya que es un vestigio de la Doctrina de Seguridad Nacional ya estudiada, ya que, esta causal comprendería un amplio margen discrecional de aplicación al no entregar criterios objetivos de lo que se entendería por *"Doctrina[s] que tienda[n] a destruir o alterar por la violencia, el orden social de gobierno”.*

El n° 4 del artículo en comento fundamenta la causal de expulsión en la capacidad económica o profesional del migrante, lo que podría dar paso a severas discriminaciones en razón del estatus económico o social del extranjero, lo que conduciría a una clara discriminación arbitraria.

El artículo 16 del Decreto Ley, establece 4 causales que –al igual que el art. 15- impiden el ingreso al territorio nacional de los extranjeros. Cabe destacar el numeral cuarto que prohíbe el ingreso a territorio chileno de los menores de 18 años que viajen a Chile sin ser acompañados por sus padres, o que no tengan la autorización escrita de ellos, o de algún Tribunal. Este numeral no resulta adecuado porque deja en una posición vulnerable a los menores inmigrantes, por su calidad de extranjeros y por no ser adultos³³, no teniendo en consideración uno de los principios más importantes del DIDH que es el interés superior

³³ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad con los estándares internacionales. *Estudios constitucionales*, 2016, vol. 14, no 1, p. 208.

del niño, de los cuales son sujetos de derecho todas aquellas personas menores de 18 años, según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Luego el artículo 17 expresa que en caso de que un extranjero se vea afecto a alguna de las causales señaladas en los artículos 15 y 16, podrá ser expulsado del territorio nacional.

En el párrafo 10 de la presente ley, se tratan los rechazos y revocaciones de las visaciones efectuadas por el Ministerio del Interior, y en el artículo 67³⁴ se otorga la posibilidad al extranjero de abandonar voluntariamente el país en un lapso de 72 horas, o será expulsado por caer dentro de las causales de los artículos 63, 64, 65 y 66, respectivamente.

Luego, en las disposiciones transitorias de ley analizada, se encuentra presente la causal de expulsión de aquellos inmigrantes que hubieran hecho ingreso al país, antes y después del 1 de enero del año 1970, que se hallaren de forma ininterrumpida e irregular en el país, y que no solicitaren la visación en un período de 6 meses, los que podrán ser expulsados de Chile por el incumplimiento de poseer la visación respectiva. En una situación similar se encuentra el trabajador migrante que se encontrare de forma irregular en el país, y que no normalice su situación dentro de 6 meses, ya que, deberá ser despedido por el empleador, a pesar de poseer un contrato de trabajo vigente. Además al ser ordenada la expulsión del trabajador migrante, es el empleador quien deberá pagar el respectivo pasaje del extranjero expulsado.

Cabe señalar que el único recurso contra la orden de expulsión contra el inmigrante, se encuentra dispuesta en el artículo 89 del cuerpo legal en comento, y establece que dicho

³⁴ Artículo 67.- Corresponderá al Ministerio del Interior resolver sobre las revocaciones a que se refieren los dos artículos precedentes.

Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.

La medida de abandono voluntario del país se podrá sustituir por el otorgamiento de la visación de residente que corresponda por el período especial que se determine, caso en el cual el extranjero afectado deberá poner su pasaporte a disposición de la autoridad en el plazo que al efecto se fije en la resolución respectiva.

Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión.

reclamo puede ser interpuesto por la persona o por algún familiar, en el plazo de 24 horas desde que se conoce la orden de expulsión.

3.2 Discrecionalidad presente en el DL n° 1094 y su efecto en las expulsiones de inmigrantes

El DL N°1094 contiene un alto grado de arbitrariedad en lo que a sus decisiones de expulsión se refiere, lo que se hace patente en el artículo 13 del precepto que señala en su inciso primero:

*“Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visas, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas **discrecionalmente** por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.”*

A partir de esta norma, las autoridades administrativas han decretado numerosas órdenes de expulsión, muchas de ellas sin el sustento jurídico suficiente como para fundamentar la deportación de inmigrantes del país, procediendo entonces la materialización de esta arbitrariedad a que da paso la discrecionalidad expresa del DL n° 1094.

La amplia discrecionalidad presente en el Decreto Ley en comento, podría dar paso a la vulneración de derechos fundamentales de las personas, lo que de suceder infringe un precepto fundamental de la Constitución Política, siendo dicha norma el artículo 5 inciso segundo, el que señala *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover dichos derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

La infracción a los derechos humanos se produce porque no se justifica de manera correcta la orden de expulsión, o por una manipulación de la causal justificadora de la sanción, esto causado por la falta de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad en cuanto a las razones que justificarían la expulsión del inmigrante del país, sanción que a su vez podría afectar gravemente la integridad tanto física como psíquica del individuo, esto al ser alejado

de su familia, o al ser regresado a un país que se encuentra en conflicto, como lo fue el caso de las dos mujeres de nacionalidad siria que tuvieron que permanecer en el aeropuerto durante 36 horas, en donde varias veces se les informó que serían devueltas al país del que huían debido a la guerra que afecta a su país.

Respecto de la discrecionalidad en comento, cabe preguntarse a qué se refiere el art. 13 del DL cuando menciona la *“conveniencia o utilidad que reporte (el inmigrante) al país”*. Sin duda, este punto resulta controvertido y ha sido criticado en una sentencia del Tribunal Constitucional (Rol 2273-12), en la que se concluye que dicha *“conveniencia y “utilidad”* deben tener en consideración a la persona propiamente tal, y que los objetivos del Estado *“se enmarcan en el desarrollo de la persona humana”*. Por lo que la *“conveniencia”* o *“utilidad”* estatal utilizada por la autoridad competente que evalúa la posibilidad de otorgar o no la visa al inmigrante, debe ser mirada desde la óptica del artículo 1 de la Constitución que indica que *“el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”*, encontrando la facultad discrecional un límite en la Carta Fundamental. Una disposición similar a ésta, se encuentra en el artículo 2, en que se señala que se podrá prohibir *“el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales”*.

3.3 Otros aspectos relevantes del DL n° 1094

En el artículo 22 se mencionan cuatro tipos de residentes³⁵, regulándose los distintos tipos de visaciones, y las modificaciones que de aquellas pueda darse. Respecto del residente sujeto a contrato, se presenta la dificultad de la obtención de un contrato de trabajo, ya que, en el artículo 24 del Decreto Ley analizado y en el artículo 37 del Reglamento se establece el compromiso del empleador de pagar el pasaje de retorno del trabajador y su familia, lo que *“deja a los inmigrantes en desigualdad de condiciones frente a otros trabajadores*

³⁵ De los Demás Residentes.

Artículo 22.- A los demás residentes se les otorgarán visaciones con las siguientes denominaciones: "residente sujeto a contrato", "residente estudiante", "residente temporario" y "residente con asilo político" o "refugiado".

chilenos”³⁶. Sin embargo, el problema sustancial de estos residentes sujetos a contrata, queda de manifiesto por el artículo 39 inciso segundo del Reglamento³⁷, y se produce por el reiterado cambio de trabajo al que se ven sometidos, debido a la naturaleza de los empleos a los que los inmigrantes pueden acceder.

Otra arista particular de la ley en comento, surge al analizar el artículo 79 en el que se expresa que pueden proceder multas y amonestaciones *“mediante resolución administrativa, con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose siempre que ello sea posible, oír al afectado.”* Cabe destacar que el sancionado o amonestado puede recurrir a una rebaja de la multa, en virtud del recurso de reconsideración, pero para ello debe pagar un 50% de la multa, según lo establece el inciso segundo del art. en comento.

3.4 DL n° 1094 y la realidad actual de Chile

El Decreto Ley N°1094 no es una norma acorde a la actualidad que vive el país y el resto del mundo, contexto en el que se ha enfatizado en la cooperación internacional entre los diferentes países del orbe.

Como se puede apreciar en los fallos analizados, en los decretos de expulsión emanados por la autoridad, existe una manipulación de las causales que se encuentran en el Decreto Ley, lo que se reafirma con la discrecionalidad expresa que existe en la norma, más precisamente en el artículo 13, en su inciso primero.

Las órdenes de expulsión, comúnmente vulneran el derecho a la libertad ambulatoria de los inmigrantes, o no permiten el debido proceso a que ellos tienen acceso, como el derecho a la defensa, presente en la Constitución Política, ello porque no tienen acceso a defensa adecuada ocasionada dicha falta por desconocimiento, o por la imposibilidad de comunicarse debido a la diferencia de idiomas.

³⁶ STEFONI, Carolina. Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante. *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, 2011, p. 10.

³⁷ Con todo, la terminación del contrato que ha servido de antecedente para el otorgamiento de la visación, será causal de caducidad de ésta y de la que se haya otorgado a los familiares del extranjero contratado, sin perjuicio del derecho de sus titulares de solicitar una nueva o la permanencia definitiva si procediere.

Oportunamente los tribunales de justicia, en los fallos por ellos emitidos referentes a órdenes de expulsión, han impuesto ciertos límites a la expulsión ilegal y arbitraria de los extranjeros que habitan Chile, aplicando adecuadamente la proporcionalidad y los principios emanados de la Constitución y de Convenciones y Tratados Internacionales referentes a los Derechos Humanos.

Cabe destacar que la Constitución Política es posterior a la dictación del DL, lo que llama la atención de sobremanera porque prima la supervivencia de dicha norma ante la existencia de la supremacía del respeto a los derechos humanos que se hace presente en el artículo quinto inciso segundo que señala que *“la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. El artículo primero de la Constitución también resulta fundamental pues al señalar que *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, no distingue entre nacionales y extranjeros³⁸, lo que hace necesario un mayor reconocimiento y aplicación de sus derechos.

4. Decreto n° 597 de 1984

El Decreto n° 597 fue promulgado el 14 de junio de 1984, y publicado el 24 de noviembre del mismo año. Dicho Decreto tuvo como objetivo aprobar el nuevo reglamento de extranjería, que en materia migratoria continúa vigente, y que complementó y reforzó la política migratoria basada en la Doctrina de Seguridad Nacional durante la dictadura. Este Reglamento tuvo como objetivo *“limitar los peligros que representan para el régimen la llegada de personas extranjeras y controlar fuertemente a los que hayan ingresado legalmente”*³⁹.

³⁸ DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia Andrea. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las perspectivas soberanas del control migratorio?. *Revista chilena de derecho*, 2016, vol. 43, no 1, p. 196.

³⁹ LARA, Op. cit. p. 90.

Otro punto importante a destacar de este Reglamento, es que la palabra *migrante* deja de usarse, siendo reemplazado por el vocablo *extranjero*, refiriéndose a aquello que es peligroso o desconocido⁴⁰.

4.1 Análisis del Decreto n° 597

En el Título I artículo 1 se deja expresamente señalado que el extranjero deben cumplir con los requisitos, exigencias, condiciones y prohibiciones expresados en este Reglamento, si es que desean ingresar al país y permanecer en él.

En el artículo 13 de dicho Decreto se reitera el factor de discreción presente en el DL n° 1094. Dicho artículo otorga discrecionalidad para otorgar visas, cambio, prórrogas y traspaso de las mismas, así como también otorga esta facultad discrecional al *"resolver y otorgar las ampliaciones y prórrogas de las autorizaciones de turismo y otros permisos que se establecen"*. Agrega el artículo 13, que dicha facultad discrecional será evaluada según *"la utilidad o conveniencia que reporte al país la concesión de estos permisos, y a la reciprocidad internacional, previo informe, cuando corresponda, de la Policía de Investigaciones de Chile."*

El problema de esta disposición es que no se entrega alguna fórmula o instrucciones de cómo debe evaluarse la utilidad o conveniencia al otorgar la visa solicitada por el inmigrante. El margen establecido por este Decreto es muy amplio, lo que lógicamente da lugar a una interpretación subjetiva de lo que se entiende como conveniencia o utilidad que se reporte a Chile con el ingreso del inmigrante. La legislación migratoria debiera otorgar ciertos aspectos objetivos de calificación para permitir otorgamiento de visas a los inmigrantes, lo que claramente va a repercutir en la futura posible expulsión del extranjero, porque esto tiene directa relación con la calidad de irregular o regular que tendrá el inmigrante.

Una clara muestra de la Doctrina de Seguridad Nacional en el Decreto en comento se encuentra en el art. 15 letra d, en el que se establece como requisito para obtener la visación respectiva la entrega de una declaración jurada en la que el inmigrante se compromete a no participar en la política interna del país, ni en actos que pudieran causar molestias a países

⁴⁰ *Ibíd.*

con los que Chile mantuviera una buena relación, también se compromete a respetar la Constitución y las demás leyes existentes en el territorio nacional.

4.3 Causales de expulsión en el Decreto n° 597

Respecto de causales de expulsión, el Decreto contempla en su art. 26 las mismas causales del art. 15 del DL n° 1094, menos en su numeral octavo.

El artículo 30 del Decreto refuerza estas causales de expulsión al señalar que quienes se encuentren en el país pero que se encuentren calificados dentro de las causales del artículo 26 o que realicen alguno de los actos expresados en los numerales 1, 2 o 4, podrán ser expulsados del país, además de las sanciones estipuladas en el Título VIII del Decreto.

A su vez, en el artículo 174 del Decreto se encuentra el único recurso presente contra la expulsión de los inmigrantes, que en el DL n° 1094 se reproduce en su art. 89.

En el art. 141 del Reglamento, se establece como causal de expulsión la revocación o rechazo de visaciones, permanencias definitivas y otras autorizaciones que se señalen en el reglamento. Para ello, se otorga un período de 72 horas en el que extranjero podrá abandonar voluntariamente el país, sin perjuicio de otro tipo de sanciones e inclusive la expulsión del territorio.

En el art. 145 del presente Reglamento, se establece una causal de expulsión por ingresar o salir al país con documentación falsificada, siendo la pena de presidio menor en su grado mínimo y la expulsión del país de la persona.

El art. 149 establece que aquellas personas que *“estando obligados a registrarse, a obtener cédula de identidad, a comunicar a la autoridad el cambio de su domicilio o actividad, cuando corresponda, según su calidad de residencia”*, infringieran estas obligaciones reiteradamente, serán expulsadas del país.

5. Proyecto de Nueva Ley de Migraciones

El proyecto de nueva ley de migraciones fue presentado a la cámara de diputados el día 21 de agosto de 2017, encontrándose aún en tramitación.

El fundamento del proyecto de ley comentado, es subsanar una deuda histórica que el Estado de Chile tiene respecto de los migrantes, ya que, como menciona el mensaje de dicho proyecto, la legislación migratoria actual no se ajusta a la realidad del país, recalcando las carencias de la actual legislación migratoria que el actual proyecto de ley busca subsanar.

Dicho proyecto, consagra expresamente los derechos de los inmigrantes, a su vez que contiene una serie de deberes que estos deben cumplir durante su permanencia en el país. Respecto de los derechos, se busca el respeto a la dignidad de los migrantes, así como el cumplimiento de los distintos instrumentos internacionales que Chile ha suscrito en la materia, principalmente en lo que dice relación con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Dicho proyecto de ley tiene como objetivos:

- “1. Regular el ingreso, tránsito, residencia, permanencia y egreso del país de las y los extranjeros, en ejercicio de la soberanía del Estado, de conformidad con la legislación vigente.*
- 2. Establecer las medidas de control de acceso y salida del territorio nacional, así como las autoridades migratorias y de control competentes.*
- 3. Fijar el mecanismo que defina la Política Nacional Migratoria.”⁴¹*

5.1 Disposiciones de Proyecto de Nueva Ley de Migraciones

En el párrafo segundo de título segundo del proyecto de ley en comento, se reconocen los derechos de los migrantes, destacando dos límites que serán estudiados en el tercer capítulo del presente trabajo, y que tienen como objetivo servir de límite a la expulsión de los inmigrantes, siendo estos el Derecho al Debido Proceso consagrado en el artículo 17, y el Derecho a la reunificación Familiar que se encuentre en el artículo siguiente. Respecto al interés superior del niño, este se expresa en el inciso final del artículo 29 del proyecto analizado.

⁴¹ Proyecto de Nueva Ley de Migraciones de la Sra. Presidenta Michelle Bachelet Jeria. Santiago, 21 de agosto de 2017. Artículo 2.

Luego en el párrafo tercero se señalan los deberes que deben cumplir los migrantes, destacando entre estas disposiciones la del artículo 20 que trata acerca del deber de regularización migratoria.

El título sexto de este proyecto de ley trata acerca de las normas de expulsión de los migrantes, siendo definida dicha sanción en el artículo 99 como: *“la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país de una o un extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en el ordenamiento jurídico para su procedencia”*⁴².

En el párrafo segundo del mismo título, el artículo 103 señala 7 causales de expulsión⁴³, no dando posibilidad alguna de arbitrariedad de la autoridad administrativa.

Luego, el artículo 104 del proyecto, prohíbe la expulsión colectiva lo que evidencia una evolución importante en cuanto al cumplimiento del estándar internacional en materia de protección de derechos de los inmigrantes, por parte de Chile de aprobarse este proyecto de ley.

En materia de procedimiento de expulsión, es relevante mencionar que el artículo 109 que se refiere a la ejecución de la medida de expulsión, prohíbe la detención del extranjero por un plazo superior a 24 horas luego de encontrarse firme la medida de expulsión. Transcurrido ese plazo, se debe derivar al extranjero al juzgado de garantía competente.

En el párrafo 2, del título VII del proyecto de ley en comento, se señalan tres recursos que pueden interponerse por el afectado por una expulsión: 1) el recurso de reposición ante la misma autoridad que decretó la medida, expresado dicho recurso en el artículo 118, 2) el recurso jerárquico propio de la ley N° 19880, expresado en el artículo 119 del proyecto, y

⁴² *Ibíd.* Artículo 99.

⁴³ **Artículo 103.- Causales de expulsión.** Son causales de expulsión del territorio nacional: **1.** Haber ingresado al país no obstante estar afecto a alguna de las causales de prohibición de ingreso previstas en los artículos 32 y 33, o bien incurrir en alguna de dichas causales encontrándose en el territorio nacional. **2.** No dar cumplimiento a la orden de abandono en la forma establecida en el artículo 71. **3.** Permanecer en Chile no obstante haber expirado el permiso de turista, visitante o residente, debiendo la autoridad migratoria citar a la o al extranjero de conformidad con el artículo 124. **4.** Efectuar declaraciones falsas o presentar documentación adulterada o falsificada al efectuar cualquier gestión ante la autoridad migratoria o de control migratorio. **5.** Haber sido sorprendido realizando actividades remuneradas como turista, sin tener autorización para ello. **6.** Eludir alguna de las medidas de control establecidas en el artículo 137. **7.** Incumplir de manera grave o reiterada alguna de las obligaciones o deberes establecidos en esta ley y en su reglamento.

3) el recurso de reclamación ante la respectiva Corte de Apelaciones competente, dispuesto en el artículo 123.

5.2 Características del Proyecto de Nueva Ley de Migraciones

El proyecto de ley en comento, se caracteriza por preservar en todo el procedimiento de expulsión el derecho al debido proceso, protegiendo y garantizando los derechos de los migrantes dispuestas en la misma ley.

Este proyecto presenta una fuerte intención de un cambio legislativo y un real compromiso de parte del Estado para adaptar la arcaica legislación creada en un régimen militar que nada se condice con la realidad que hoy vive el país.

Sin lugar a dudas, la aprobación de dicho proyecto contempla el real compromiso del país por mejorar las condiciones de vida de los migrantes, facilitando su mejor inserción en la sociedad agilizando los procesos de regularización de los extranjeros que tienen la intención de vivir en el país, así como dar cumplimiento a los Tratados y Convenciones internacionales que Chile ha ratificado en la materia.

Capítulo II: Análisis Jurisprudencial sobre los límites a la expulsión de inmigrantes en Chile

En el presente capítulo serán analizados 3 casos jurisprudenciales emanados de los tribunales de justicia y 2 sentencias del Tribunal Constitucional relativos a recursos interpuestos por inmigrantes que tuvieron como objetivo el dejar sin efecto las órdenes de expulsión dispuestas en su contra.

Dichos casos serán analizados según los límites jurídicos creados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que serán desarrollados en el tercer capítulo.

En el primer apartado se tratará jurisprudencia relativa al principio de reunificación familiar e interés superior del niño, para luego ser tratada la jurisprudencia sobre el principio del debido proceso.

1. Jurisprudencia que desarrolla el principio de la reunificación familiar como límite a la expulsión de los inmigrantes en el Derecho Chileno

La reunificación familiar no se encuentra expresamente dispuesta en nuestra legislación, pero en la Constitución se le otorga una importancia fundamental a esta institución, debiendo ser protegida por ella.

El caso a analizar respecto del límite a la reunificación familiar, se trata acerca de un inmigrante peruano quien tiene una orden de expulsión en su contra debido a haber presentado un contrato de trabajo simulado, fundándose la orden en el artículo 17 del Decreto Ley N° 1094.

Se dedujo recurso de reclamación ante la Corte Suprema quien acogió dicho recurso, dejando sin efecto la orden de expulsión, basándose dicha decisión en el principio de proporcionalidad realizado en el considerando cuarto de la sentencia⁴⁴, ya que, dicha Corte reconoce que si bien existe un ilícito por parte del migrante, este no es de la gravedad suficiente como para producir la expulsión del país de dicho sujeto.

⁴⁴ Ver en anexo caso n°1.

Cabe añadir, a dicha decisión, que en el considerando quinto, se expresa que dicho migrante tiene familia en el país, por lo que producida la expulsión del migrante se atentaría contra el derecho a la reunión familiar debido a que esta se disgregaría por una razón del todo desproporcionada.

En el caso concreto, resulta curioso señalar que de haberse producido la expulsión, la familia como entidad sujeta a la protección de la Constitución, hubiese sido vulnerada.

La causal aplicada por el órgano administrativo es del todo desproporcionada e innecesaria, ya que, el migrante además ya contaba con un contrato de trabajo verídico, lo que atenúa aún más la gravedad de la orden de expulsión en su contra.

En este caso, se aplicó plenamente el principio de reunificación familiar como límite a la orden de expulsión en contra del migrante peruano, lo que deja en claro el reconocimiento que de dicho principio tienen los tribunales de justicia, y como se verá posteriormente, también el Tribunal Constitucional.

En otro caso de similares características⁴⁵, para impedir la expulsión del migrante teniendo como límite fundamental el principio de la reunificación familiar, se apeló a la circunstancias personales del afectado y al interés superior de la familia, reconociéndose en dicho caso el valor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, lo que la Constitución dispone expresamente en el inciso segundo de su primer artículo.

2. Jurisprudencia que desarrolla el principio del interés superior del niño como límite a la expulsión de los inmigrantes en el Derecho Chileno

En cuanto a la jurisprudencia que compete al siguiente principio, cabe señalar que ha tenido un desarrollo sustancial en los últimos años en el ámbito nacional, siendo consagrado en el artículo 16 de la ley 19968, teniendo amplia aplicación en el Derecho de Familia, sobre todo en el ámbito del cuidado personal del niño y su adecuada determinación. En el presente apartado se analizará un caso en el cual se recurre a este principio para limitar una

⁴⁵ Ver en anexo caso n° 2, considerando séptimo.

orden de expulsión en contra de un ciudadano ítalo-alemán, basada dicha orden en el artículo 15 n° 2 del Decreto Ley n° 1094.

En el recurso de amparo interpuesto a favor de este migrante, la Corte de Apelaciones de Temuco expresa en el considerando cuarto que tanto la Constitución Política como el resto del ordenamiento jurídico deben de ser aplicados teniendo como primera consideración el valor sustancial de lo que la familia significa para la sociedad, es decir, el núcleo fundamental de la misma, debiendo por tanto ser protegida ante todo.

Posteriormente, la Corte expresa que la Convención sobre los derechos del niño otorga una serie de derechos a los menores de edad, sobre todo en lo que dice relación a la protección del interés superior de los mismos, por lo que de ser aplicada la medida de expulsión, se estaría dañando uno de los principios más relevantes de los niños, y de los que el Estado ha procurado proteger y garantizar con mayor cuidado, es decir, el que las decisiones jurisdiccionales que vayan a causar algún perjuicio en el menor deben ser evaluadas con sumo cuidado siempre teniendo en cuenta la opinión y situación del mismo.

En el caso concreto, se estaría vulnerando el derecho de los niños (hijos del migrante), a vivir con su padre, el que pudo haber sido expulsado del país, de no haberse tenido en cuenta por la Corte, la protección a la familia (desarrollado en el apartado anterior) y por sobre todo el interés superior del niño.

La Corte de Apelaciones expresó que *“la ponderación de los intereses en juego permite concluir que existe desproporción entre los beneficios de la medida a aplicar y los perjuicios que derivan de la misma(...)”*⁴⁶, por lo que la Corte tuvo aplicar el juicio de ponderación adecuado para determinar la imperiosidad de la medida.

En un número significativo de casos, se da la concurrencia del principio de reunificación familiar con el principio del interés superior del niño, lo que puede darse debido a la naturaleza de ambos principios, ya que, en el seno de la familia se da el mayor desarrollo de los seres humanos, lo que conlleva inevitablemente la relación entre padres e hijos, o respecto de quienes tienen a su cuidado a los menores de edad, por lo que la protección de

⁴⁶ Ver en anexo caso n° 5, considerando octavo.

la familia también implica el cuidado y protección de los niños, aunque con mayor grado de intensidad esto se percibe en la esfera de interés superior del niño.

Los tribunales de justicia, en diversos casos han procurado el interés superior del menor por sobre el interés del Estado, que implica el interés de hacer cumplir sus normas a cabalidad sin tener en cuenta el juicio de ponderación adecuado para la aplicación de la expulsión, lo que de ser aplicados sin consideración de los principios antes estudiados, puede ocasionar graves perjuicios a las personas.

3. Jurisprudencia que desarrolla el principio del debido proceso como límite a la expulsión de los inmigrantes en el Derecho Chileno

El principio del debido proceso ha cobrado mayor relevancia desde la implementación del nuevo proceso penal, que busca velar por la adecuada aplicación de los procedimientos judiciales garantizando en todo momento los derechos tanto de los imputados como de las víctimas. Por la naturaleza del derecho administrativo sancionador, dicho principio del debido proceso se hace aplicable en materia de sanciones administrativas, como se verá específicamente en el caso de expulsión de migrantes en Chile.

Debido a que el actual procedimiento de expulsión de inmigrantes carece de dicho principio fundamental, es que los tribunales de justicia han debido de aplicarlo a los casos que han llegado hasta ellos mediante los diversos recursos interpuestos a favor de los inmigrantes, quienes no encuentran otro mecanismo de defensa adecuado a sus derechos, como se pasará a detallar.

Uno de los casos en los que es notable la carencia de un proceso adecuado para la determinación de la expulsión, fue el caso del periodista italiano **Lorenzo Spairani**⁴⁷, quien fue becado por la Unión Europea para ejercer su profesión en el país. La Policía de Investigaciones concurrió a su domicilio con una orden de expulsión del país que se sustentaba en el artículo 15 del numeral 1, por participar en “actividades anti sistémicas”. Spairani interpuso un recurso de amparo, que fue fallado a su favor por la Corte Suprema, quien procedió a revocar la orden de expulsión dictada contra el periodista.

⁴⁷ Ver en anexo caso n° 7.

En el cuarto considerando del fallo analizado se señala que el ejercicio lícito de las atribuciones de las autoridades respectivas, debe contar con un grado importante de razonabilidad en la decisión que de ellos emana. Esto hace notar la falta de proporcionalidad que existe a la hora de emitir la orden de expulsión, lo que sumado a la amplia discrecionalidad de las autoridades amparadas en el DL, hace que las causales de expulsión sean poco fundamentadas e incluso manipuladas.

Luego en el considerando quinto, el Tribunal señala que las “actividades anti sistémicas” en las que el periodista había participado no fueron debidamente probadas, en *“hechos positivos y objetivos concretos, que permiten sustentar que la permanencia en Chile del amparado sería contrario a los intereses de Chile o constituiría un peligro para el Estado”*.

En el considerando sexto, la Corte expresa que la orden de expulsión en contra de Lorenzo Spairani carecería de fundamento suficiente, ya que, la orden administrativa que ordena la salida del país del extranjero se basaría únicamente en una *“afirmación de autoridad”*.

Posteriormente, en el considerando séptimo la Corte suprema declara que el fallo es ilegal y arbitrario, y que atenta contra la libertad personal del amparado (contenida en el art. 19 n° 7 de la Constitución), revocando la orden de expulsión, no existiendo otro impedimento para que el periodista italiano regresara a Chile.

Otro aspecto fundamental a destacar del fallo y la ley, es el poco plazo que tiene el expulsado de oponer recursos para su defensa. En el artículo 89 inciso primero del DL, se encuentra presente el único recurso contra la orden de expulsión, recurso que debe interponerse en un plazo de 24 horas desde que se toma conocimiento del decreto supremo que señala la expulsión. Este plazo es muy acotado, y los extranjeros no cuentan la mayoría de las veces con la ayuda jurídica necesaria como para saber siquiera de la existencia del recurso. Se vulnera entonces, el derecho a la igualdad de protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, patentado en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República.

En este caso, es evidente el actuar arbitrario de la Administración lo que se refleja en la manipulación de la causal que justificó (de mala manera) la causal de expulsión. La Corte

tuvo el deber de sopesar los intereses y derechos en juego, predominando el principio del debido proceso por sobre el actuar arbitrario y discrecional de la órgano administrativo.

Es necesaria una nueva legislación que otorgue antecedentes objetivos para evaluar más adecuadamente las causales de expulsión, y si estas procederían o no, además de limitarse la discrecionalidad de los órganos encargados de esta tarea.

4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre expulsión de inmigrantes

Respecto a órdenes de expulsión que han sido objeto de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por tanto, evaluada la constitucionalidad de la ley en el caso concreto, se analizarán dos sentencias cuyos roles son N° 2273-12 de fecha de 4 de julio de 2013, y la otra rol N° 2257-12 de fecha de 10 de septiembre del mismo año⁴⁸.

4.1 Fallo Rol n° 2273-12

En el primer caso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, se decretó orden de expulsión contra el inmigrante haitiano Daniel Alerte por haber presentado un contrato de trabajo falso. En este caso, el Tribunal Constitucional es muy crítico frente a la evidente discrecionalidad en cuanto a la decisión de expulsar a Alerte del país, aun cuando cumple con todos los requisitos materiales para permanecer en Chile. Es más, la ministra Marisol Peña Torres se refiere a que el DL 1094 vulneraría el principio de juricidad presente en el artículo 6 y 7 de la Constitución *“desde el momento que faculta a la autoridad administrativa, más allá de sus atribuciones, para calificar la veracidad de los contratos de trabajo del requirente, en circunstancias que ello corresponde a los tribunales de justicia”*⁴⁹.

Posteriormente el Tribunal expresa que se ha vulnerado el debido proceso debido a que el rechazo de la visa en este caso dependió enteramente del informe técnico procedente de la PDI, que no permite objeción alguna, por lo que debiera existir mayor evidencia además de dicho informe, para poder determinar la entrega o no de la visa.

⁴⁸ Ver en anexo casos 10 y 11 que corresponden a las sentencias analizadas en este apartado.

⁴⁹ Ver en anexo caso n° 10, considerando sexto de la decisión del Tribunal.

Entonces, el límite preponderante en el primer caso de inaplicabilidad es el principio del debido proceso, el que se desarrolla a lo largo del fallo analizado.

4.2 Fallo Rol n° 2257-12

En este fallo, se presenta un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una causal de expulsión que se encuentra justificada de la misma forma que el caso anterior, es decir, por la presentación de un contrato de trabajo falso.

Dicho fallo presenta una estructura muy similar al anterior, pero la diferencia es que aquí se presenta el interés superior del niño y el principio de reunificación familiar, ya que, la afectada por la orden de expulsión tiene un hijo chileno, aunque dichos principios no son desarrollados a cabalidad para el caso concreto y se limitan a ser mencionados someramente por el TC, como parte del desarrollo del estándar internacional de los DIDH que debiera ser aplicado por Chile.

4.3 Aspectos comunes de los fallos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

En los dos casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad analizados se señala que el informe técnico entregado por la Policía de Investigaciones (en adelante PDI) es una evidencia insuficiente para determinar la expulsión del inmigrante, y que de hecho, se vulneran derechos presentes en la Constitución tales como el derecho en la igual protección de los derechos que se encuentra presente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución (Sentencia Rol N° 2257-12-INA y 2273-12-INA). Además de ello, otro punto que llama la atención es que pese a ser muy similares las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas, en un caso se rechaza el recurso de inaplicabilidad (Rol N° 2257-12-INA), y en el otro se acoge respecto del artículo 13 del DL 1094 (Rol N° 2273-12-INA), esto a pesar de tener el mismo conflicto constitucional y ser muy similares en cuanto a la argumentación de fondo que hacen los jueces en la sentencia.

Otro punto que resulta interesante de las sentencias analizadas, es que respecto de las sentencias de inaplicabilidad se señala que la Constitución no distingue entre nacionales y extranjeros, y que de hecho los extranjeros cuentan con los mismos derechos que los nacionales, y que de querer realizarse alguna diferenciación entre ellos, esta debe estar permitida expresamente por la Constitución, lo que en el caso chileno no ocurre.

El Tribunal Constitucional señala en ambas sentencias se inaplicabilidad, que el art. 13 es un precepto “preconstitucional” que da paso a mucha discrecionalidad y por ello permitiría una notable vulneración de derechos o adulteraciones en menor grado, cuya intensidad depende del temperamento compasivo o estricto de la autoridad respectiva⁵⁰, lo que claramente conlleva que la norma en comento sea del todo reprochable, porque permitiría la arbitrariedad de la autoridad.

El Tribunal Constitucional también aborda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), mencionando principalmente el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando, entre otras cosas, el derecho e emigrar de los extranjeros. Cabe destacar el considerando decimoprimer del caso 10 analizado, que expresa “*que el derecho a emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la migración como un derecho subjetivo de los extranjeros*”, esto se explicaría porque el derecho a recibir a los inmigrantes es una cuestión de derecho interno de cada país, pero que debe tener siempre presente las obligaciones que tiene dicho país con el DIDH.

En el fallo rol 2273-12 se establecen cuatro límites al margen de discrecionalidad existente en la norma, que emanan del DIDH, y que son reconsiderados en el fallo onceavo: 1) La entrada a extranjeros en el cruce de fronteras no puede restringirse cuando se invoque el derecho de asilo. 2) Entre los nacionales y extranjeros rige el principio de no discriminación, salvo que dichos sujetos sean titulares expresos de ciertos derechos. 3) Una vez que el extranjero ingresa legalmente al país cuenta con todos los derechos como si fuera nacional y las limitaciones de circulación y de residencia se regirán por el 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 4) Al evaluar el ingreso del extranjero al país, esto debe realizarse desde una mirada criteriosa y teniendo presente un criterio de proporcionalidad adecuado.

Resulta interesante destacar que en la sentencia rol n° 2273-12, en el considerando quincuagésimo dicho Tribunal expresa que el Ministerio del Interior se encuentra sujeto a

⁵⁰ GALDÁMEZ ZELADA, Lilitana. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 2273-12-INA SOBRE INAPLICABILIDAD DE NORMAS DEL DL N° 10.094 QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE LOS EXTRANJEROS EN CHILE Y LAS MATIZACIONES DE LA ROL N° 2257-12-INA. *Estudios constitucionales*, 2013, vol. 11, no 2, p. 774.

un nuevo estándar enfocado en el DIDH al momento de determinar el rechazo del visado de un migrante. Uno de dichos estándares es la reagrupación familiar. Dicho criterio vuelve a reiterarse en la sentencia 2257-12, en el considerando 44 del capítulo XV. En este último caso⁵¹, pese a rechazarse el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en el apartado de las consideraciones de los ministros Carmona, Vodanovic y García, para acoger el requerimiento en todas sus partes, se expresa en el considerando 44 que las circunstancias particulares del caso otorgaban arbitrio a la autoridad para poder desintegrar a la familia del menor afectado, en caso de que se decretara la expulsión del país de su madre del país⁵².

⁵¹ Tribunal Constitucional Rol No 2257-12-INA, 10 de septiembre de 2013.

⁵² Que, en consecuencia, las circunstancias concretas del caso ofrecían a la autoridad someter a un menor a una especie de extrañamiento o se tomaba la decisión de dejar al menor en el país desintegrando la familia y violando con ello el artículo 1º, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que establece que la *familia es el núcleo fundamental de la sociedad*. (c.44).

Capítulo III: Criterios que limitan la expulsión de extranjeros en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En este capítulo serán estudiados tres estándares internacionales que resultan fundamentales al momento de determinar la aplicación o no, de una medida de expulsión a un migrante. Dicha medida puede ser dejada sin efecto si es que se considera que esta resulta desproporcionada al interés superior del niño, el principio de reunificación familiar, o si fue vulnerado el principio del debido proceso.

El instrumento internacional que consagra gran parte del Derecho Internacional de Derechos Humanos (en adelante DIDH) en el sistema interamericano es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, Convención que tiene una importancia fundamental debido a la influencia que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) tienen en el sistema jurídico chileno, y en el ámbito interamericano en general. Dicha Convención fue ratificada por Chile el 8 de noviembre de 1990.

Otro instrumento de la misma importancia por contener en su articulado derechos y principios relativos al DIDH, principalmente en lo que dice relación con el interés superior del niño, es la Convención Americana sobre los Derechos los Derechos del niño, que fue ratificado por Chile el 13 de agosto de 1990.

La Constitución Política hasta el año 1989 no hacía ninguna alusión respecto de la adopción del Derecho Internacional, pero a raíz de la reforma constitucional acaecida ese año al artículo 5, se abrió paso al DIDH mediante el inciso segundo de dicho artículo. Este precepto constitucional expresa claramente que *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Mucho se ha discutido acerca de la puerta de entrada de dichas convenciones y otros instrumentos internacionales que consagran parte del DIDH. A este respecto, cabe señalar

que si bien no existe consenso acerca del rango legal propio de los instrumentos internacionales que consagran principios y derechos del DIDH, se ha extendido la idea de que dichos instrumentos, tendrían efectivamente un rango superior a la ley, pero se discute si dicho rango es o no superior a la Constitución, aunque “[p]arte de la doctrina nacional ha estimado que en virtud del artículo [quinto inciso segundo de la Constitución] las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales poseen rango constitucional, configurando lo que se denomina ‘un bloque de constitucionalidad’ ”⁵³, dicha posición es apoyada por el profesor Humberto Nogueira Alcalá quien considera que los instrumentos internacionales que consagran derechos humanos ingresarían como parte de la Constitución material, ya que ésta reenvía a tales instrumentos como preceptos legales que consagran un límite a la soberanía estatal señalada en el artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental⁵⁴.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha expresado que estos instrumentos de DIDH no tendrían un rango supraconstitucional, expresando que “No es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la CPR, en lo que sea contraria a ella, o tenga igual jerarquía. La interpretación contraria llevaría al absurdo de hacer superfluo todo el capítulo de reforma constitucional y a los controles previos de constitucionalidad de los tratados”⁵⁵. Con ello, no quedaría clara la preeminencia del DIDH por sobre la Constitución, sin embargo, cabe señalar que la validez propia de los tratados y convenciones internacionales que en su articulado establecen catálogos de derechos humanos adquieren su valor de la dignidad humana que deriva del ser humano en sí mismo, de la Constitución y del conjunto de deberes que adquieren los Estados respecto “del *ius cogens internacional, la costumbre y los principios*

⁵³ QUESNEY, José Antonio Viera-Gallo; ÁLVAREZ, Valeria Lübbert. Los tratados sobre derechos humanos en la jurisprudencia chilena/Human Rights Treaties in Chile's Jurisprudence. *Estudios Internacionales*, 2012, p. 11.

⁵⁴ NOGUEIRA, Alcalá; ALCALA, Humberto Humberto Nogueira. *Teoría y doctrina de los derechos fundamentales*. e-libro, Corp., 2003. p. 396.

⁵⁵ STC 346, c. 74.

generales del derecho, es decir, del bloque de constitucionalidad”⁵⁶.

Para poder establecer la compatibilidad del DIDH que se encuentra presente en las distintas convenciones internacionales, debe llevarse a cabo un examen que permita determinar si efectivamente el país que ratificó determinada Convención está cumpliendo con los parámetros establecidos por dicho cuerpo de derecho internacional. Dicho examen se ha denominado control de convencionalidad y se ha definido como aquél que “*Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte*”⁵⁷. Dicho control de convencionalidad fue impuesto obligatoriamente a los tribunales de justicia chilenos por parte de la CIDH, a raíz del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* en sentencia de dicha Corte el 6 de septiembre del 2006.

Resulta relevante señalar que la construcción ideológica del control de convencionalidad es construida “*sobre la base de la preferencia de la norma que resulte más favorable a la protección de los derechos humanos*”⁵⁸, que es más bien definida como el principio favor persona o *pro-homine*, siendo un principio fundamental del DIDH que implica que debe aplicarse la norma que permita la mejor protección de los derechos fundamentales del ser humano. Dicho principio se encuentra plenamente consagrado en el artículo 29⁵⁹ de la

⁵⁶ GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 2014, vol. 12, no 1, p. 336.

⁵⁷ DE DERECHOS HUMANOS, Corte Interamericana. Control de Convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2015, vol. 7, p. 8.

⁵⁸ GALDÁMEZ. Op. Cit. p. 355.

⁵⁹ **Artículo 29. Normas de Interpretación:**

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

CADH. La importancia de dicho principio radica en el entendimiento de que de existir un conflicto entre una norma jurídica interna y una norma de instrumento internacional que contenga principios y derechos del ser humano, primará aquella que en la situación concreta proteja de mejor manera los derechos esenciales del ser humano afectado.

En el presente trabajo, la importancia del control de convencionalidad radica en la duda de si el sistema jurídico chileno al aplicar normas de expulsión respecto de los inmigrantes, estaría o no cumpliendo con el estándar internacional estipulado en los distintos instrumentos internacionales ratificados por Chile, tales como la CADH y la Convención de los Derechos del niño, entre otros. Para la determinación de dicho control de convencionalidad conforme al estándar internacional, la orden de expulsión debe estar basada en tres criterios a saber: 1. Idoneidad. 2. Necesidad. 3. Proporcionalidad. Este test de ponderación implica, en cuanto a una medida idónea, que esta debe estar en armonía con lo preceptuado con la CADH. En cuanto a la necesidad, implica que no existe otra alternativa menos perjudicial frente al derecho del inmigrante expulsado. En cuanto a la proporcionalidad, implica que la expulsión es la medida que restringe de menor forma el derecho legítimo del migrante, ajustándose la sanción al fin lícito.

En el presente capítulo, se estudiarán los principios señalados en la legislación chilena. Posteriormente, se hará un breve panegírico respecto de lo que ocurre en el continente europeo respecto del estándar internacional mínimo aplicados a los migrantes respecto de la expulsión en los países europeos.

1.1 Principio de la reunificación familiar

El principio de la reunificación familiar ha sido desarrollado por el Derecho Internacional de Derechos Humanos con el objetivo de proteger y preservar los lazos entre familiares que

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

se encuentran distanciados por las fronteras de los distintos Estados, debido a la migración de uno de los miembros de dicho grupo. En el presente trabajo se estudiará dicho principio en el contexto específico de la expulsión de migrantes en Chile.

Al no existir expresamente la reunificación familiar en la ley chilena, y al no ser considerada por los distintos entes administrativos facultados para decretar la expulsión de un extranjero en el país que tiene familia radicada en Chile, es que los tribunales chilenos se han visto en la necesidad de determinar en base a los vínculos familiares de los migrantes perjudicados con una orden de expulsión, si dicha orden cumple con los requisitos de ponderación, teniendo presente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida tomada, de manera de garantizar los derechos del migrante que será expulsado.

Es en distintos casos en los que los tribunales han dejado sin efecto órdenes de expulsiones basándose en dicho principio, en la mayor parte de los casos se conjuga con el interés superior del niño para dejar sin efecto la orden de expulsión respectiva⁶⁰.

1.1.1 Concepto de Familia

El concepto de familia ha variado en el último tiempo, sobre todo debido a los cambios socio culturales y económicos que se han ido produciendo en la sociedad, por ejemplo, la disminución de los matrimonios y el progresivo crecimiento de las relaciones de cohabitación de pareja sin el vínculo marital, así como también muchas veces la madre ha debido asumir el rol de jefa de hogar repercutiendo en el típico modelo de familia nuclear, en el cual en la cabeza se encuentra el padre de familia, seguido por la madre y los hijos. A raíz de todos estos cambios, es que puede definirse a la familia como *“el lugar en que se constituyen las relaciones fundamentales decisivas de la persona humana”*⁶¹, ya que, esta realiza funciones sociales que ninguna otra institución puede igualar.

La importancia en la determinación del concepto de familia proviene acerca del alcance en la aplicación de dicho principio al ser utilizado como límite en la expulsión de los

⁶⁰ Sentencias de la Corte Suprema roles N° 6733-10, N° 5277-2015, N° 9051-2015, N° 145-15 (Corte de Apelaciones de Iquique), N° 93367 (Corte de Apelaciones de Temuco).

⁶¹ DEL PICÓ RUBIO, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia: Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno. *Ius et Praxis*, 2011, vol. 17, no 1, p. 55.

migrantes.

1.1.2 Consagración de la reunificación familiar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación chilena

El principio de reunificación familiar no se encuentra expresamente consagrado en el derecho chileno, sin embargo, la Carta Fundamental en el artículo primero inciso segundo dispone que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*, expresando posteriormente en el inciso quinto de la misma norma constitucional su protección por parte del Estado. Para que opere dicho principio se necesitan dos requisitos: 1. La residencia legal o situación regularizada del migrante principal y 2. La entrada posterior de la familia del migrante principal y previamente autorizada por el país huésped⁶².

Respecto de la consagración de dicho principio en el DIDH, este se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales, específicamente y en lo que respecta al presente trabajo se consagra en el 17 N° 1 de la CADH que se refiere al derecho de la protección a la familia, y en el artículo 11 N° 2 que dispone la prohibición al actuar arbitrario e ilegal respecto a la familia.

El artículo 44 de la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, se dispone que *“Los Estados Partes, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección por parte de la sociedad y del Estado, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio”*, enfatizando el principio de reagrupación familiar nuevamente.

En la Convención Sobre los Derechos del Niño, dicho principio se consagra en los artículos 8, 9 y 10. En el artículo 22 N° 2 también existe una referencia al principio de reunificación familiar.

En el Convenio N° 143 Sobre Trabajadores migrantes de 1975 dicho principio es reconocido en el artículo 13.

⁶² Conferencia Regional sobre Migración. Migración y Familia, Desarrollo sobre Políticas de Migración, sección 2.5. Organización Internacional para las Migraciones. p. 7.

En cuanto a la Convención Europea de Derecho Humanos, en el artículo 8 esta dispone el derecho al respeto de la vida privada y familiar, expresando en el numeral primero de dicho artículo: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*. También en el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante se consagra expresamente el principio de reunificación familiar en el art. 12 de dicho instrumento.

1.1.3 La reunificación familiar en la legislación Chilena

La Constitución expresa la importancia de la familia en la sociedad, así como su debida protección por parte del Estado.

En la legislación migratoria chilena, específicamente en el DL 1094, se hace alusión a la familia en muchas de sus disposiciones tales como los artículos 23 y 29 del cuerpo legal mencionado, pero el uso de dicho concepto se limita a extender el visado al resto de la familia del migrante, sin hacer expresa referencia a la reunificación familiar. Lo mismo ocurre con el Decreto N° 597 en el artículo 49.

El instructivo presidencial N° 5 del 6 de noviembre del 2015 en su instrucción 1 A expresa que se deben preservar los principios de política migratoria del instructivo presidencial N° 9 del 2 de septiembre del 2008, que consagra en el noveno lugar el principio de la reunificación familiar: *“El Gobierno en su preocupación de fortalecer esta institución fundamental [la familia], dispone que los extranjeros que tienen vínculos (padres, hijos, cónyuges), con chilenos o con extranjeros residentes, tienen prioridad para su establecimiento en el país.”*

Con el objetivo de consagrar los derechos y principios de los inmigrantes en el DIDH, es que durante el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria promulgó una iniciativa que contempla un proyecto de ley cuyo objetivo es el establecimiento de una nueva legislación migratoria que disponga expresamente en su articulado dichos derechos antes señalados. Dicha iniciativa consagra la reunificación en el artículo 18: *“Artículo 18.- Derecho a la Reunificación Familiar. Las y los extranjeros con permiso vigente en el país tendrán derecho a solicitar la reunificación con su cónyuge o conviviente, padres, hijos solteros menores de edad, hijos con discapacidad, hijos menores de 28 años que estudien*

en una institución educacional reconocida por el Estado y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal.”⁶³

Es en vista de todo lo anterior, puede observarse que si bien aún no se encuentra plenamente consagrado el principio de reunificación familiar en la legislación chilena, existe dicho principio en el DIDH en instrumentos internacionales que Chile ha ratificado y que de apoco va tomando peso por los diferentes órganos y poderes del Estado.

1.1.4 El principio de la reunificación familiar en el sistema interamericano

La CIDH se ha manifestado en varias ocasiones acerca del derecho a la reunificación familiar, considerando violado el derecho a la protección a la familia del art. 17 de la CADH, que al igual que en el caso europeo, si bien no se encuentra expreso en dicha Convención se protege el mismo derecho recurriendo al art. 8 de la Convención Europea de DDHH.

Dicho principio de la reunificación familiar se vincula directamente con los menores de edad que arriesgan la desvinculación de su familia, ello debido a que es en los menores de edad en quien las consecuencias de la separación de su familia pueden ser más graves, por lo que se requiere mucho cuidado frente a la decisión de separación de la familia, la que podría expresarse en la expulsión de un miembro de ella, sobre todo en el caso de tratarse de alguno de los padres de un menor de edad, así lo ha manifestado dicha Corte: *“En este sentido, cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, debe perseguir un fin legítimo de acuerdo con la Convención, ser idónea, necesaria y proporcionada”*⁶⁴, con lo queda claro que la medida que se tome debe ser evaluada adecuadamente, además de contar con un procedimiento que garantice la adecuada defensa de los involucrados.

⁶³ BACHELET, M. Mensaje de SE la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Nueva Ley de Migraciones. *Mensaje del 21 de agosto de 2017, n°124-365.*

⁶⁴ *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana* (2014): Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

Cabe señalar que en este mismo caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) considera que a pesar de que el migrante no viva con su familia, no quiere decir que dichos lazos no existan⁶⁵, lo que resulta fundamental, ya que, al momento de determinar si se encuentra o no violado el derecho de reunificación familiar, se debe evaluar la existencia de dichos vínculos, criterio que también es considerado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos como se verá más adelante.

La Corte también ha manifestado que los Estados deben siempre tener en consideración la rápida localización de los familiares de los menores de edad, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor que será analizado más adelante, para la pronta reunión del mismo con su familia⁶⁶.

La CIDH ha manifestado específicamente en torno a la expulsión de uno de los padres de un menor de edad, que habría dos intereses en juego: por una parte el interés del Estado de aplicar su legislación y política migratoria, y el derecho del menor de edad a la protección de la familia. Es por esto que toda medida de expulsión –o deportación- debe ser idónea, necesaria y proporcional al caso concreto, lo que es clave en una sociedad democrática⁶⁷.

1.1.5 El principio de reunificación familiar en el sistema europeo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha evolucionado en la evaluación a la vulneración del derecho de reagrupación familiar consagrado –no directamente- en el artículo 8 de la Convención Europea, surgiendo dicho derecho a reagrupar a la familia del adecuado equilibrio entre el interés particular –esto es de aquellos que desean la reagrupación familiar- y del interés colectivo del Estado⁶⁸. Los criterios más utilizados por

⁶⁵ La Corte considera que el hecho de que Antonio Sensión trabajaba en otro lugar y no vivía con su familia de forma permanente no implica que la familia Sensión no haya tenido una vida familiar antes de la expulsión. Por otra parte, lo aseverado por el Estado reafirma que entre los años 1999 y 2002 este no tomó medida alguna dirigida a facilitar la reunificación de los miembros de la familia Sensión. (c. 419).

⁶⁶ CORTE, I. D. H. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A*, no 21. Pg. 98

⁶⁷ *Ibíd.* p. 104.

⁶⁸ VILLEGAS, Araceli Martín. La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de reagrupación familiar. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, no 38, p. 28.

dicho Tribunal son por ejemplo, la edad de los hijos, la condición de vida que estos tienen en su país de origen, y el lazo de dependencia que tienen respecto de sus padres.

Durante mucho tiempo, el Tribunal Europeo de DDHH era reacio a determinar la vulneración al derecho de la reunificación familiar, como puede observarse en el caso *Ahmut c. Países Bajos*, el que trata del caso de un ciudadano holandés que intenta traer a su hijo a dicho país, pero el TEDH expresa no existe una vulneración al derecho de reunificación familiar (art. 8 de la Convención Europea de DDHH), debido a que el menor estuvo bajo el cuidado de su abuela paterna y los lazos familiares se habían roto debido a que ella era quien crio al niño. Pese a ello, el juez Morenilla en uno de los votos disidentes, expresa que haber denegado el derecho a reunir al padre con su hijo es claramente desproporcionado y no se ajusta a los principios convenidos en la Convención Europea de DDHH, sobre todo en lo relativo al art. 8, y *“también a razones imperativas de carácter humanitario como se establece en la legislación nacional”*⁶⁹.

En dos sentencias posteriores del TEDH puede comprobarse el cambio de enfoque respecto a la vulneración al derecho de reunificación familiar, debido a que en dichas sentencias se expresa que claramente se ha vulnerado el derecho a la protección a la familia (el TEDH comprende que el derecho a la reunificación familiar se encuentra comprendido en dicho art. por razones antes expresadas) señalando que existe desproporcionalidad en el interés del Estado de mantener un control migratorio y el interés particular de la familia en reagruparse (*Sen c. Países Bajos*) y en el caso *Tuqualbo-Tekle c. Países Bajos* el TEDH expresó que *“el Estado de acogida no ha hecho un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego: el bienestar del país frente a los intereses de la vida familiar de la madre y la hija”*⁷⁰ esto, al no permitir el ingreso de la menor al país argumentando que la

⁶⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 28 de noviembre de 1995, Asunto *Ahmut c. Países Bajos*. De: VILLEGAS, Araceli Martín. La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de reagrupación familiar. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, no 38.

⁷⁰ VILLEGAS, Op. Cit. p .27.

menor de 15 años ya no tenía relaciones familiares con su madre y con su padrastro.⁷¹

Es así como hoy en día, el TEDH busca evitar un exagerado formalismo frente a la determinación de la violación de este importante y fundamental principio del DDHH, con el objetivo de enfocarse en los motivos humanitarios que fueron desarrollando este principio frente a las decisiones de los distintos Estados frente a las políticas migratorias internas.

1.2 Principio del interés superior del niño

El interés superior del niño, es un principio creado por ordenamientos jurídicos internos de ciertos Estados (Francia, Italia y Reino Unido), para luego ser germinado a nivel internacional en la Declaración de Ginebra del año 1924, para posteriormente ser reconocido formalmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Dicho principio tiene como objeto esencial la protección y satisfacción de los derechos del menor de edad frente a situaciones que podrían ponerlo en riesgo, perjudicando su desarrollo social, físico, emocional y espiritual. Es por esto que constituye uno de los principios más importantes en el DIDH, debido a que una de las preocupaciones fundamentales de dicho derecho ha sido la defensa y protección de los derechos y garantías de los menores de edad.

El interés superior del niño resulta aplicable a todas aquellos seres humanos menores de 18 años, así lo expresa la Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo primero, quienes también son sujetos de derechos de dicho instrumento internacional.

Este principio ha sido muy utilizado por los tribunales chilenos⁷² para limitar el efecto de las expulsiones de los migrantes, centrandó su preocupación en los efectos perjudiciales

⁷¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Asunto *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*. De: VILLEGAS, Araceli Martín. La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de reagrupación familiar. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, no 38, p. 20-28.

⁷² En anexo ver sentencias de la Corte Suprema roles N° 6733-10, N° 5277-2015, N° 9051-2015, N° 145-15 (Corte de Apelaciones de Iquique).

que tendrán para el menor el verse separado de sus padres, lo que podría afectar su desarrollo integral. Es así, que dicho principio se ha convertido en un principio rector de carácter imperativo al tomar en cuenta por los tribunales al momento de decidir en temas en los que se encuentran involucrados menores de edad.

Cabe señalar, que dicho principio está íntimamente relacionado con el de la reunificación familiar, lo que puede comprobarse en la jurisprudencia analizada en el capítulo segundo de este trabajo.

1.2.1 Concepto del interés superior del niño

Han existido una serie de problemáticas en torno a la conceptualización del principio del interés superior del niño, debido a que en los distintos instrumentos internacionales que consagran dicho principio, no lo definen. Es por esto que la Observación General N° 14 del 2013, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, trata este asunto y define al interés superior del niño en 3 ámbitos: 1. en el ámbito del derecho sustantivo, 2. Como principio jurídico interpretativo fundamental, y 3. Una norma de procedimiento. Dicho concepto se encuentra bien definido considerando estos 3 ámbitos, por la Corte Suprema en una sentencia del 11 de abril del 2011 : *“[el interés superior del niño se define como aquél principio que] tiene directa relación con el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, en procura del cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales y se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos. Asimismo, constituye un elemento importante de interpretación como norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”*⁷³.

1.2.2 Consagración de interés superior del niño en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación chilena

En la legislación chilena, este interés se encuentra en la Ley N° 19.968 que Crea los

⁷³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho civil chileno. *Revista chilena de derecho*, 2015, vol. 42, no 3, p. 917.

Tribunales de Familia, en el artículo 16 que en su párrafo primero expresa: *“Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”*

En la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, el interés superior del niño se consagra en el principio segundo, y en el segundo párrafo del séptimo principio que dispone: *“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”*

En la Convención Sobre los Derechos de los niños, este principio se consagra en el artículo tercero párrafo primero, siendo mencionado posteriormente en gran parte del cuerpo de dicha Convención. Este instrumento internacional fue ratificado por Chile en 1990. El sujeto de la Convención –como se hizo mención anteriormente- es precisamente el niño, niña o adolescente, y su objeto reforzar los derechos de los niños como plenos sujetos de derechos humanos.

En el caso europeo, dicho principio se consagra en el artículo 6 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, respecto de los asuntos judiciales, expresando que si las autoridades judiciales deben tomar alguna decisión que afecte al menor, debe analizar toda la información de la que disponga para tomar la alternativa más adecuada en el interés superior del niño⁷⁴.

⁷⁴ B. Papel de las Autoridades Judiciales

Artículo 6 Proceso de decisión

En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá:

a. examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales;

1.2.3 El interés superior del niño en la legislación chilena

El interés superior del niño no tiene una concepción concretamente definida, siendo un principio de carácter abstracto que debe ser adaptado al caso concreto, en base a la experiencia del juez o del valor que este tenga por el derecho, ya que, la ley no entrega parámetro de determinación de este principio.

Como se señaló con anterioridad, este principio se encuentra en la Ley 19968, artículo 16, siendo vinculado al derecho del menor de edad de ser oído, lo que implica que el juez debe escuchar al menor de edad –valga la redundancia- para saber qué es lo que éste desea. También se deben tener en consideración las características particulares del caso concreto.

En cuanto a dicho principio como límite a la expulsión de inmigrantes, este se construye sobre la base del derecho del niño a una familia, a no ser desvinculado por sus padres, salvo que el caso sea extremadamente grave como para impedir su deportación del país.

En el proyecto de ley presentado durante el último gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, se consagra expresamente este principio en el artículo 29 inciso final que trata sobre requisitos de ingreso y egreso de niños y niñas⁷⁵.

1.2.4 El interés superior del niño en el sistema interamericano

La CIDH en su papel de intérprete máximo del DIDH en este ámbito, ha establecido una serie de principios sobre los que se ha construido el interés superior del niño, tales como el del principio integrador y sistemático de los derechos humanos, el principio de protección especial del menor, el reconocimiento de los menores como sujetos de derechos, todos ellos con el objetivo de guiar hacia una mejor determinación del interés superior del niño en el caso concreto, todo esto sustentado en el artículo 19 de la CADH.

b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente:

- asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente;
- consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño;
- permitir al niño expresar su opinión; c. tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño.

⁷⁵ BACHELET, Op. Cit. p. 24.

La CIDH considera que este principio es primordial respecto de los niños, niñas y adolescentes porque “*es la base para la efectiva realización de todos [sus derechos]*”⁷⁶, debiendo primar dicho interés por sobre los deseos de los padres quienes son los primeros obligados a respetarlo, seguidos por el Estado, teniendo estos el férreo deber de tomar una decisión acorde al mejor interés del niño que le permita realizarse de la mejor manera en todo ámbito para que así pueda desenvolverse más adecuadamente en la sociedad, siendo un gran aporte para esta.

En relación a la expulsión de los inmigrantes, cabe señalar que el menor de edad tiene derecho a la protección de su familia, debe ser preservado excepto en aquellos casos en que es necesaria dicha separación debido al interés superior del menor. Cabe señalar que la CIDH en una Opinión Consultiva ha manifestado que “*No obstante, el derecho a la vida familiar de la niña o del niño per se no supera la facultad de los Estados de implementar sus propias políticas migratorias en consonancia con los derechos humanos, en el marco de los procedimientos relativos a una expulsión de uno o ambos progenitores. Lo cierto es que la propia Convención sobre los Derechos del Niño también contempla la posibilidad de separación familiar a raíz de la deportación de uno o ambos progenitores*”⁷⁷. A raíz de esto, surge la necesidad de evaluar si la medida de expulsión cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, criterios que fueron detallados en el primer apartado de este capítulo.

1.2.5 El interés superior del niño en el sistema europeo

El sistema europeo de DIDH, en cuanto a las decisiones de ingreso y residencia, así como la reagrupación familiar (que puede ser en el lugar de origen del menor, o el lugar de acogida) de los menores de edad deben siempre tomarse teniendo en cuenta el interés superior del menor. Lo mismo aplica para el caso de la expulsión de uno de los padres del menor u otro familiar cuya expulsión pudiere afectarlo.

⁷⁶ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 2008, vol. 6, no 1, p. 245.

⁷⁷ Opinión Consultiva OC-21/14, Op. Cit. c. 274.

Cabe destacar que en ciertas situaciones, el derecho de la Unión Europea (en adelante UE) dispone la posibilidad de que el menor permanezca en el país de acogida, a pesar del estatuto jurídico de los padres, sobre todo si es para que este complete su educación o si al hacerlo en otro país resultase complicado⁷⁸.

Al igual que en el sistema interamericano, en el caso europeo, se reconoce de que *“En el caso de una separación impuesta por el Estado debida, por ejemplo, a la expulsión (...), las autoridades actúan en defensa de un interés protegido y deben encontrar un equilibrio justo entre el interés de las partes y la obligación de garantizar el interés superior del niño* ⁷⁹”, debiendo existir entonces parámetros similares a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en la medida de expulsión de algún miembro de la familia del menor que lo pueda afectar gravemente.

1.3 El principio del Debido Proceso

El debido proceso a nivel internacional, encuentra su origen en el medioevo como consecuencia de las arbitrariedades ejercidas por el Rey Juan I de Inglaterra (mejor conocido como Juan sin Tierra), quien tras haber perdido su poder, provocó que los ciudadanos exigieran el derecho a no ser juzgados arbitrariamente, siendo dichas facultades arrebatadas a la corona, lo que tuvo como consecuencia que fueran redactadas y consagradas en la Carta Magna. Posteriormente, dicho principio ha sido consagrado en los más importantes instrumentos internacionales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como en instrumentos internacionales del sistema interamericano de DDHH y en el europeo como se verá más adelante.

En Chile, dicho principio es uno de las bases del proceso penal, resultando extensible también a los procedimientos administrativos efectuados por los órganos del Estado, quienes pueden ejercer distintos mecanismos sancionatorios basados en el ius puniendi del Estado, pero que debe siempre tener presente el principio del debido proceso, así como

⁷⁸ Manual sobre legislación europea derechos niño en español [en línea]. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2015. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016. [fecha de consulta: 9 de diciembre, 2017]. Disponible en: www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.pdf.PDF>. p. 185.

⁷⁹ Manual sobre legislación europea derechos niño. Op. Cit. p. 83.

también el derecho a la defensa, la presunción de la inocencia, la igualdad ante la ley, y entre otros que conforman los principios para evitar un actuar arbitrario por parte de las autoridades que lo aplican.

En variados casos⁸⁰, los tribunales se han manifestado en torno a dicho principio señalando la existencia a la libertad personal como a la seguridad individual debido a la falta de consideración de este principio, y por haber sido aplicadas las normas de expulsión arbitrariamente.

El TC en las dos sentencias dictadas⁸¹ que emanó respecto a los casos de expulsión de inmigrantes, al referirse al principio del debido proceso expresó que es necesario que dicho principio sea respetado para así evitar la vulneración de este derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Señaló que la orden de expulsión debe estar debidamente fundamentada, y los motivos en los que se funda dicha orden deben ser concretos y suficientes, y haber sido evaluados objetivamente.

1.3.1 Concepto de debido proceso

En Chile, el debido proceso se ha definido *“como aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario.”*⁸²

Mientras que en ámbito internacional podría ser definido como *“el derecho intrínseco que tiene todo ser humano a participar, de manera efectiva y eficaz, en todas las decisiones que pudieran afectar sus derechos.”*⁸³

⁸⁰ Ver en anexo las sentencias Rol N° 8747 (Corte de Apelaciones de Puerto Montt), N° 7080-2017 (Corte Suprema), N° 65-2017 (Corte de Apelaciones de Antofagasta), N° 84-2017 y N° 85-2017 (Corte de Apelaciones de Antofagasta).

⁸¹ Sentencias del Tribunal Constitucional roles N° 2273-12 y N° 2257-12.

⁸² GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. *Estudios constitucionales*, 2013, vol. 11, no 2, p. 257.

⁸³ ARROYO, Francisco Javier Ferrer. El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. p. 155.

1.3.2 Consagración del debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la legislación chilena

En la Constitución Política dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 3 en el inciso sexto, el que dispone que *“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.”*

En el DIDH, dicho principio se contempla en el artículo 8 de la CADH en el ámbito de las garantías judiciales de las personas, no siendo expresamente mencionado, pero al cual se hace referencia al nombrar todo el abanico de garantías que tienen las personas al momento de someterse a un procedimiento jurisdiccional, especialmente de naturaleza sancionatoria.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace mención expresa de las características debidas del procedimiento de expulsión siendo el debido proceso protagonista de dicho pacto. En el artículo 13 del mismo se expresa *“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”*

En él la Convención Europea de Derechos Humanos, en el artículo 6 se dispone acerca del derecho a un procedimiento equitativo en el que *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”*

1.3.3 El debido proceso en la legislación chilena

Como se señaló en el apartado anterior, el principio del debido proceso se vincula a una serie de derechos del proceso penal, los que se hacen extensibles al derecho administrativo sancionador. El derecho al debido proceso se encuentra patentado en el art. 19 N°3 inciso sexto, por lo que es deber del Estado respetar dicho principio así como por los órganos del mismo.

El instructivo presidencial de migración del año 2015, instruye a seguir los principios estipulados en el documento del 2008⁸⁴ que consagra en el numeral iv el acceso a la justicia, expresando que los extranjeros y nacionales tienen el mismo derecho a la justicia, y es por esto que estos tienen el derecho de acceder a los tribunales para poder ser escuchados con las garantías que tiene todo ser humano y que son otorgadas y protegidas por la Constitución.

En el mensaje del proyecto de ley propuesto en el último gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet, se señala que debido a que la actual legislación migratoria no posee un mecanismo claro que permita aplicar adecuadamente las normas allí señaladas, es necesario establecer *“parámetros precisos para hacer efectivas las sanciones en cada caso”*⁸⁵, y así poder garantizar el debido proceso de los migrantes.

En dicho proyecto de ley, se consagra expresamente el derecho al debido proceso en el artículo 17 expresando que *“El Estado asegurará a las y los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley, de conformidad a los derechos y garantías que les confiere la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes.”*

En la legislación migratoria actual (DL N°1.094 y Decreto N° 597) no se contempla este principio respecto de la medida de expulsión de inmigrantes, y tampoco en las causales determinadas para ejercer dicha causal. Es más, y como se ha mencionado anteriormente, se dispone expresamente de la discrecionalidad de las normas allí establecidas, lo que ha tenido como consecuencia la aplicación arbitraria de la regulación migratoria, al no

⁸⁴ Instructivo Presidencial N° 009 sobre “Política Nacional Migratoria”. Santiago, 2 de septiembre de 2008.

⁸⁵ BACHELET, Op. Cit. p. 15.

establecerse mecanismos claros para la expulsión de extranjeros, que les permita la garantización adecuada de sus derechos.

1.3.4 El debido proceso en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, si bien el principio del debido proceso se aplica principalmente en el ámbito del proceso penal, este se hace extensible a todos aquellos órganos que ejerzan jurisdicción en base al principio *pro homine* y al artículo 8 del CADH, resultando también aplicable el debido proceso a los procedimientos administrativos “*pues aquí habitualmente se debaten los alcances de los derechos y obligaciones de los ciudadanos que el debido proceso está llamado a tutelar*”⁸⁶, además de que las sanciones ejercidas por el Estado al estar basadas en el poder punitivo de los órganos del mismo deben someterse al principio de la legalidad del acto sancionatorio, siendo muy similares a las sanciones de tipo penal.

Respecto de los migrantes, dicho principio debe prevalecer sobre todos los seres humanos, inclusive respecto de aquellos que se encuentren en una situación irregular o indocumentados, ello basado en la dignidad humana que envuelve a cada ser humano⁸⁷.

En el artículo 8 del CADH se establecen una serie de principios derivados del debido proceso, siendo los más relevantes para este trabajo los siguientes: 1. Ser oído con las debidas garantías. 2. Existencia de plazo razonable. 3. Existencia de tribunal competente e imparcial, establecido previamente por ley. 4. Existencia de una decisión fundada. 5. Presunción de inocencia. 6. Tiempo y medios adecuados para la defensa.

Todos estos mecanismos, son aplicables a la expulsión de los inmigrantes en el país, entre los que resulta fundamental el derecho del migrante a ser escuchado y así tener la posibilidad de tener una adecuada defensa en un plazo de tiempo que resulte razonable para la protección de las garantías que estos poseen. Así, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*se ha referido a la necesidad de asegurar que las personas puedan*

⁸⁶ ARROYO, Op. Cit. p. 164.

⁸⁷Ibíd. p. 165.

preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de decisión resulte irrazonablemente breve.”⁸⁸

La Comisión Interamericana también ha expresado que el funcionario administrativo o judicial que tome medidas en materia migratoria, debe responder frente a sus superiores jerárquicos, así como “*estar rodeado de garantías de imparcialidad y (...) su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley*”⁸⁹

Todas estas garantías, deben ser evaluados conforme al control de convencionalidad detallado en el primer apartado de este capítulo, el que permite establecer si un Estado cumple con los estándares internacionales del sistema interamericano.

1.3.5 El debido proceso en el sistema europeo

El derecho de la Unión Europea reconoce el acceso a la justicia a los migrantes como prioridad, debido a que ellos pertenecen a grupos con mayor vulnerabilidad.

En el CEDH, se establecen distintos parámetros al momento de detener o realizar la expulsión de un inmigrante, procedimiento que además de haber sido realizado conforme a la legislación interna del país, debe cumplir con el estándar del CEDH, el que impone una serie de principios tales como el de la buena fe de los funcionarios que realizan la detención respectiva del migrante (la que debe ser realizada siempre de manera adecuada y razonable), no existiendo en ningún caso la arbitrariedad por parte de los funcionarios que la realizan.

Es por todo esto, que al momento de realizarse o determinarse la expulsión los Estados sujetos a la UE, deben tener en cuenta el respeto a la dignidad e integridad física de quien se trate⁹⁰.

⁸⁸ Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión interamericana de DDHH, p. 154.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 155.

⁹⁰ Manual sobre derecho europeo sobre asilo, fronteras y migración, en español [en línea]. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión

Europea, 2014. [fecha de consulta: 15 de diciembre, 2017]. Disponible en:<
fra.europa.eu/sites/default/.../handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_es.pdf>. p. 183.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo se ha analizado el marco legislativo actual de la migración en Chile, el que se compone básicamente del Decreto Ley N° 1.094, y del reglamento del mismo o Decreto N° 597.

La dificultad que poseen ambas normas en lo que en el presente trabajo interesa, es la deficiencia de los límites existentes en dichas leyes en cuanto a la expulsión de los inmigrantes en el país. Dicho problema se ve agravado con el artículo 13 del DL N° 1094 que consagra la posibilidad del ejercicio de la discrecionalidad por parte de los entes administrativos que deben determinar la aplicación o no, de la sanción de expulsión.

Como se ha visto, existen tres límites fundamentales desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los que se han extendido al sistema jurídico chileno mediante la firma y ratificación de diversos instrumentos internacionales en la materia, siendo dichos límites: 1) el principio de la reunificación familiar, 2) el principio del interés superior del niño, y 3) el principio del debido proceso.

Como se ha podido extraer dentro del análisis de jurisprudencia nacional analizada en el capítulo II del presente trabajo, los límites que han sido desarrollados por el DIDH son acogidos por los tribunales de justicia, así como también son considerados por el Tribunal Constitucional a la hora de decidir acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la expulsión en el caso concreto.

Los principios más desarrollados por los tribunales ordinarios en la materia, son el del interés superior del niño y el debido proceso, siendo el de reunificación familiar un principio que requiere de mayor connotación por los tribunales, pese a encontrarse la familia protegida por la Constitución.

Resulta curioso destacar, el poco desarrollo del principio del interés superior del niño y de la reunificación familiar en un caso en el que merecían mayor atención: Tal caso es el de la orden de expulsión contra Sonia Fortilus, quien tiene un hijo chileno menor de edad (Rol n° 2257-12-INA), tomando una importancia significativa dicho principio, el que apenas fue mencionado en la sentencia.

En todos los casos analizados⁹¹, se vulnera algún sub principio del debido proceso como el principio de la presunción de inocencia, y o el derecho a una adecuada defensa, lo que se refleja en la carencia de recursos adecuados para la impugnación de la orden de expulsión, o al menos la extensión prudencial para la interposición del recurso que actualmente se limita a un período de 24 horas.

Los límites jurídicos a la expulsión de los migrantes que resulta aplicable en Chile, fueron estudiados en el capítulo III, y de estos fue posible deducir ciertas conclusiones acerca de su evolución en el derecho nacional e internacional, en este último, específicamente en cuanto al sistema interamericano y europeo de DDHH.

El principio de reunificación familiar pese a no estar dispuesto expresamente en la legislación chilena, es aplicado por los tribunales de justicia chilenos, así como también es considerado por el Tribunal Constitucional al momento de determinar la procedencia de una medida de expulsión. En la Constitución Política se le da pleno reconocimiento a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, así como se dispone en la misma norma la importancia de su adecuada protección.

En cuanto a la jurisprudencia nacional que desarrolla dicho principio, si bien los órganos administrativos encargados de decretar la expulsión de los migrantes no tienen en cuenta el derecho a la vida familiar de los mismos, los tribunales de justicia han hecho efectivo el ejercicio de este principio, por lo que sí se respetaría dicho principio, a pesar de no ser tenido en cuenta en primera instancia por los órganos administrativos quienes son los llamados a aplicar la expulsión a los migrantes, lo que evidentemente genera conflictos importantes debido a que la propia Constitución es la que señala la importancia de la familia como núcleo esencial de la sociedad, siendo el Estado mismo quien debe protegerla.

En cuanto al principio del interés superior del niño, dicho principio hoy tiene consagración legal en la legislación chilena, específicamente en el Derecho de Familia, en el artículo 16 de la ley 19.968, que se manifiesta en el derecho del menor de edad a ser escuchado ante una situación que podría causarle algún tipo de perjuicio. Dicho principio, ha tenido protagonismo como límite a la expulsión de los migrantes en cuanto a que los tribunales

⁹¹ Ver anexo.

chilenos consideran que se ocasionaría un perjuicio importante al menor en caso de verse separado de sus padres. También resulta importante señalar que dicho principio muchas veces se conjuga con el principio de la reunificación familiar debido a la naturaleza de estos. Dicho principio ha cobrado relevancia en los últimos años debido a los diversos instrumentos internacionales que se encargan de la adecuada protección de los derechos del niño, esencialmente del interés superior de estos. Es por esto que para evitar un daño al menor se ha tenido muy presente dicho principio al decretar expulsiones de migrantes padres de los menores, a menos que se encuentren diferencias insalvables respecto de estos, como lo es, el que sea necesaria la expulsión de familiares del menor por su propio interés, el que debe ser claramente delimitado respecto de otro tipo de intereses diferentes como los del propio Estado.

En cuanto al debido proceso, dicho principio ha tenido un importante desarrollo en lo que dice relación a los límites de expulsión, al ser aplicado por los tribunales de justicia debido a que estos consideran que en variados casos el actuar de los órganos de la administración ha sido errado o arbitrario, por lo que la medida de expulsión es dejada sin efecto. Dicha arbitrariedad es reflejada en el informe que debe ser entregado por la Policía de Investigaciones, el que muchas veces no contiene suficientes antecedentes objetivos como para proceder a la expulsión del migrante, al mismo tiempo que no puede ser objeto de recurso alguno para su adecuada revisión. El problema con dicho informe técnico entregado por la PDI, es que muchas veces este es el único antecedente en el que se basará la autoridad administrativa para determinar la aplicación de la expulsión al migrante. Resulta fundamental la posibilidad de que el migrante pueda hacerse escuchar por un tribunal imparcial y así poder establecer una defensa adecuada, así como es necesaria la existencia de un plazo prudente para dicha defensa, lo que no se contempla actualmente en la legislación migratoria largamente analizada en este trabajo. También, el sistema interamericano y europeo de derechos humanos han propiciado como principal elemento del debido proceso respecto de la expulsión de los migrantes la existencia de procesos imparciales para la realización de estos, así como el pleno respeto por los derechos y garantías de los seres humanos derivados de la dignidad estos, sin distinción alguna. Es evidente que este principio es la mayor debilidad de la legislación migratoria actual, debido a que gran parte de las órdenes de expulsión no tienen en cuenta el principio debido proceso

analizado, actuando con plena discrecionalidad, la que se encuentra patentada expresamente en la legislación migratoria chilena.

Todas las órdenes de expulsión emanadas de órganos administrativos que ordenen la salida imperiosa del país del migrante, deben contar con el debido control de convencionalidad respectivo, para determinar si dicha orden cumple o no con los estándares internacionales adecuados, y garantice los derechos de los inmigrantes señalados en diversos instrumentos internacionales anteriormente analizados.

En el derecho interno, la importancia que implican los 3 principios estudiados ha cobrado real protagonismo en los últimos años, sobre todo en lo que dice relación con el principio del interés superior del niño. El Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios y superiores de justicia, han considerado plenamente estos principios en lo que dice relación con los migrantes, y sobre todo en temas de derecho de familia en lo que dice relación con el interés superior del niño y la reunificación familiar. El debido proceso ha cobrado mayor relevancia, luego del cambio del antiguo procedimiento penal al actual proceso penal que resulta muy garantista respecto del imputado, sobre todo en lo que dice con el principio del debido proceso estudiado, lo que se extiende al ámbito del procedimiento sancionatorio administrativo al ser de naturaleza punitiva.

Es así que de la aplicación de estos 3 principios del DIDH, por los tribunales de justicia del país, es evidente que existe coincidencia en el ámbito nacional con el estándar internacional estudiado respecto de los sistemas interamericanos y europeo. Dicha coincidencia sin embargo, no se percibe a nivel de los distintos órganos administrativos que determinan la sanción de expulsión del país de los migrantes. Es más, si bien los tribunales han recurrido a los criterios antes señalados, es evidente que estos no tienen la fuerza o importancia que debiera dárseles, es decir, ser aplicados como ley propiamente tal, ya que, al consagrar derechos humanos se les debe dar la misma jerarquía que la Constitución debido a la naturaleza que estos poseen.

Pese a la discrecionalidad presente en la actual legislación migratoria, lo que da paso a que las causales presentes en dicha legislación puedan ser abiertamente manipuladas por la autoridad respectiva, los tribunales de justicia mediante la aplicación de los principios

estudiados, han podido limitar y dejar sin efecto dichas expulsiones, teniendo en consideración el respeto por el DIDH. Esto también, ha quedado en evidencia en los diversos casos estudiados, en los que se hace uso de al menos uno de estos principios para poner límite a una de las sanciones más fuertes y perjudiciales para el migrante, sanción que muchas veces es desproporcionada al caso concreto, y que debido a la escasez de recursos presentes en las normas sobre migración, han posibilitado el ejercicio de distintos recursos por los migrantes para que estos puedan permanecer en el país, o al menos que tengan la posibilidad de ser escuchados por los tribunales de justicia del país.

Frente a la pregunta de si existen efectivamente límites o no, en la legislación chilena respecto de la expulsión de los inmigrantes en Chile, la respuesta es afirmativa, debido a que mediante el artículo 5 inciso segundo abre la puerta para que aquellos derechos contenidos y garantizados en los tratados internacionales ratificados por Chile, sean cumplidos a cabalidad, y al existir los límites estudiados en diversos cuerpos normativos internacionales ratificados por Chile, es que también rigen para el Estado y todos los habitantes del país, por lo que deben ser respetados por todos en base al Estado de Derecho existente. Respondida dicha pregunta, es necesario responder cuáles serían dichos límites, y según los casos estudiados es posible establecer que existen tres límites a la expulsión de los extranjeros y que han sido analizados a lo largo del presente trabajo. Dichos límites son 1) la reunificación familiar, 2) el interés superior del niño, 3) el debido proceso.

Respecto de la hipótesis planteada en la presente investigación, cabe señalar que si bien hay principios que se encuentran presente en la legislación chilena⁹², estos no se mencionan directamente en la ley con el objetivo de ser utilizados como límites a la expulsión de inmigrantes. Aún así existen en el sistema jurídico dichos principios mediante su inserción por el artículo 5 inciso segundo de la Constitución que integra como parte de la legislación chilena a los instrumentos internacionales que contengan derechos propios de la esencia del ser humano, y es mediante este mecanismo que puede concluirse que sí existen en el derecho chileno límites jurídicos frente a la sanción de expulsión de los inmigrantes en el país.

⁹² El interés superior del niño se encuentra expresado de esta manera en la ley 19968 en el artículo 16, pero su esencia está determinada a su utilización en el Derecho de Familia, lo que por su naturaleza no lo limita a ser ocupado en un caso de expulsión de inmigrantes.

Cabe señalar, que además de los derechos y límites contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por Chile, los inmigrantes también se encuentran protegidos por todos los derechos emanados de la Constitución, ya que, esta no distingue entre nacionales y extranjeros respecto de los derechos que allí se garantiza.

Es necesario entonces que los órganos de la Administración que se encuentran dotados de estas facultades que les permiten decretar la expulsión de un extranjero, evalúen con mayor detenimiento la situación del inmigrante en el caso concreto del que se desprenderán los límites jurídicos estudiados expresados en principios desarrollados por el DIDH, y junto con ello realizar el ejercicio de ponderación que considera los principios de 1) necesidad, 2) idoneidad, 3) proporcionalidad de la medida aplicada. Con estos parámetros se evitaría la aplicación de una sanción inadecuada, desproporcionada y arbitraria, quintando la posibilidad del ejercicio de la arbitrariedad en la expulsión de los migrantes que habitan el país.

Además de lo anterior, es necesario que la jurisprudencia nacional desarrolle con mayor detenimiento los principios que sirven como límite a la expulsión de migrantes, ya que, estos apenas han tenido un desarrollo incipiente por los tribunales.

Es imperativo también un cambio en la legislación migratoria actual, que entregue criterios objetivos para la determinación de la sanción de expulsión y que no permita la arbitrariedad de la autoridad respectiva.

Bibliografía

I. Doctrina

1. ARROYO, Francisco Javier Ferrer. El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. BBC Mundo. Estos son los 10 mejores países del mundo para emigrar. Noticias Internacionales [en línea]. 23 de febrero de 2017. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2017]. Disponible en: <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39059460>>
3. BASSA MERCADO, Jaime. Reserva legal y protección de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Revista del magíster y doctorado en derecho*, 2007, no 1.
4. BASSA MERCADO, Jaime; TORRES VILLARRUBIA, Fernanda. Desafío para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, 2015, vol. 13, no 2.
5. CAVALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 2008, vol. 6, no 1, p. 223-247.
6. DEL PICÓ RUBIO, Jorge. Evolución y actualidad de la concepción de familia: Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno. *Ius et Praxis*, 2011, vol. 17, no 1, p. 31-56.
7. Departamento de Extranjería y Migración. Registro Civil y Departamento Extranjería reconocerán nacionalidad chilena a “hijos de extranjero transeúnte”. Noticias DEM [en línea]. 6 de mayo de 2016. [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017]. Disponible en <<http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/05/06/registro-civil-y-departamento-extranjeria-reconoceran-nacionalidad-chilena-a-hijos-de-extranjero-transeunte/>>
8. DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad con los estándares internacionales. *Estudios constitucionales*, 2016, vol. 14, no 1.

9. DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia Andrea. Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las perspectivas soberanas del control migratorio?. *Revista chilena de derecho*, 2016, vol. 43, no 1.
10. ESPÍÑEIRA, Eugenio Evans. La Constitución Explicada. Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.
11. GALDÁMEZ Zelada, Liliana, LAGES de Oliveira, Rita (Directoras de investigación). Migración y derechos humanos: Informe temático 2016. Santiago de Chile. 2016.
12. GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 2273-12-INA SOBRE INAPLICABILIDAD DE NORMAS DEL DL N° 10.094 QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE LOS EXTRANJEROS EN CHILE Y LAS MATIZACIONES DE LA ROL N° 2257-12-INA. *Estudios constitucionales*, 2013, vol. 11, no 2.
13. GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 2014, vol. 12, no 1, p. 329-364.
14. GARCÍA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. *Estudios constitucionales*, 2013, vol. 11, no 2, p. 229-282.
15. GODOY, Rodrigo Araya; VON DER HUNDT, Marcel Didier. Comentarios de jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. *Anuario de Derechos Humanos*, 2014, no 10.
16. HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, 2008, vol. 6, no 2.
17. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Hijos e hijas de migrantes nacidos en Chile están en riesgo de apatridia. Noticias INDH [en línea]. 20 de enero de 2017. [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017]. Disponible en:

<<https://www.indh.cl/hijas-e-hijos-de-migrantes-nacidos-en-chile-estan-en-riesgo-de-apatridia/>>

18. LARA ESCALONA, María Daniela. Evolución de la legislación migratoria en Chile claves para una lectura (1824-2013). *Revista de historia del derecho*, 2014, no 47.
19. MIGRACIÓN, GLOSARIO SOBRE. Derecho Internacional sobre Migración. *Organización Internacional del Migrante (OIM)*, 2006.
20. NOGUEIRA, Alcalá; ALCALA, Humberto Humberto Nogueira. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. e-libro, Corp., 2003.
21. Organización Internacional para las Migraciones. Los términos claves para la migración [en línea]. [Fecha de consulta: 20 de mayo de 2017]. Disponible en:<<https://www.iom.int/es/los-terminos-clave-de-migracion>>
22. PEDEMONTE, Nicolás Rojas; DITTBORN, Claudia Silva. La Migración en Chile: Breve reporte y caracterización. 2016.
23. QUESNEY, José Antonio Viera-Gallo; ÁLVAREZ, Valeria Lübbert. Los tratados sobre derechos humanos en la jurisprudencia chilena/Human Rights Treaties in Chile's Jurisprudence. *Estudios Internacionales*, 2012, p. 87-115.
24. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; PINOCHET OLAVE, Ruperto. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho civil chileno. *Revista chilena de derecho*, 2015, vol. 42, no 3, p. 903-934.
25. SANDOVAL, Rodrigo. Hacia una política nacional migratoria. En Racismo en Chile. La piel como marca de la inmigración. Tijoux, María Emilia (Editora). Santiago de Chile. Editorial Universitaria. 2016.
26. STANG, María Fernanda. De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014. *Polis (Santiago)*, 2016, vol. 15, no 44.
27. STEFONI, Carolina. Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante. *La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*, 2011.
28. VILLEGAS, Araceli Martín. La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos

humanos en materia de reagrupación familiar. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, no 38, p. 20-28.

29. ZÚÑIGA, Francisco. El estatus constitucional de los extranjeros. *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, 1998.

II. Documentos Legales

1. Comisión Interamericana de DDHH. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
2. Conferencia Regional sobre Migración. Migración y Familia, Desarrollo sobre Políticas de Migración, sección 2.5. Organización Internacional para las Migraciones.
3. BACHELET, M. Mensaje de SE la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de Nueva Ley de Migraciones. *Mensaje del 21 de agosto de 2017, n°124-365*.
4. Instructivo Presidencial N° 009 sobre “Política Nacional Migratoria”. Santiago, 2 de septiembre de 2008.
5. Manual sobre derecho europeo sobre asilo, fronteras y migración, en español [en línea]. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014. [fecha de consulta: 15 de diciembre, 2017]. Disponible en:< http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_asylum_SPA.pdf>
1. Manual sobre legislación europea derechos niño, en español [en línea]. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2015. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016. [fecha de consulta: 9 de diciembre, 2017]. Disponible en: <www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_SPA.pdf>.

III. Legislación

1. Legislación nacional

1. Constitución Política de la República.
2. Decreto N°597. Aprueba Nuevo Reglamento de Extranjería. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 24 de noviembre de 1984.
3. Decreto Ley N°1.094. Establece normas sobre extranjeros en Chile. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, Chile, 19 de julio de 1975.

2. Legislación internacional

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Decreto promulgatorio N° 873, 23 de agosto de 1990. Diario Oficial 5 de enero de 1991.
2. Organización de las Naciones Unidas. *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, aprobada mediante la Resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990.
3. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Decreto promulgatorio. N° 830, 14 de agosto de 1990. Diario oficial. 27 de septiembre de 1990.
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 4 de noviembre de 1990, Roma.

IV. Jurisprudencia

1. Jurisprudencia nacional

1. *Cesar Apolinar Becerra con Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior*, Corte Suprema, Rol N° 6733-10, 16 de septiembre de 2010.
2. *Fernando Navarrete Gurumendi con Ministerio del Interior*, Corte Suprema, Rol N° 5277-2015, 23 de abril de 2015.
3. *Sandra Ángulos Viveros con Intendencia Regional de Los Lagos*, Corte Suprema, Rol N° 9051-2015, 22 de julio de 2015.
4. *Juan Durán Reyes con Intendencia Regional de Tarapacá*, Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 145-15, 2 de noviembre de 2015.
5. *Florian Deltrozzo con Ministerio del Interior*, Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 93367, 12 de noviembre de 2015.
6. *A.R.A con Intendencia Regional de Los Lagos*, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 8747, 16 de febrero de 2017.
7. *Lorenzo Spairani con Intendencia Regional Metropolitana*, Corte Suprema, Rol N° 7080-2017, 7 de marzo de 2017.
8. *Daniel Pérez con Intendencia Regional de Arica y Parinacota*, Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 65-2017, 15 de marzo de 2017.
9. *Michael Peña, Eduardo Pillaca, Carla De la Cruz con Intendencia de Antofagasta*, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 84-2017 y 85-2017, 18 de abril de 2017.
10. Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-12-INA, 4 de julio de 2013.
11. Tribunal Constitucional Rol N° 2257-12-INA, 10 de septiembre de 2013.

2. Jurisprudencia internacional

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de Convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2015, vol. 7.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de

2014.

3. CIDH. Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A*, no 21.
4. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto *Ahmut c. Países Bajos*. Sentencia de 28 de noviembre de 1995.
5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*. Sentencia de 1 de diciembre de 2005.

Anexos: Fichas de Jurisprudencia

Caso	1
Tribunal	Corte Suprema
Rol/N° de resolución	6733-10
Fecha de la sentencia	16 de septiembre del 2010
Materia	Recurso de reclamación
<u>Resumen del caso:</u> Se interpone recurso de reclamación a favor del inmigrante peruano Cesar Apolinar Becerra, contra el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior por la dictación del Decreto N° 852 de 7 de diciembre de 2009, que fue fundamentado en el artículo 17 en relación al artículo 15 N° 2, ambos del Decreto Ley 1094 de 1975, debido a la celebración de un contrato de trabajo simulado por parte de Apolinar. <u>Legislación relevante:</u> - Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.” - Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional.” <u>Considerandos relevantes:</u> CUARTO: “Que, al aplicar el órgano estatal el numeral dos del artículo 15, por remisión del artículo 17, ambos preceptos de la Ley de Extranjería, habría hecho uso de la facultad para expulsar del territorio nacional a los extranjeros que ‘se dediquen al comercio o	

tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, a la trata de blancas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres’, acto que en la especie consistiría en ‘presentar un contrato de trabajo simulado con Luis Mejía Avendaño, con el sólo efecto de tener residencia en Chile’, es decir, la autoridad administrativa en definitiva ha formulado un reproche de carácter moral-penal específico, que en este caso concreto no reviste la gravedad necesaria para la imposición de una sanción tan drástica.”

QUINTO: “Que no puede tampoco obviarse el hecho que según se desprende de los documentos incorporados a fojas 14 y siguientes, la persona en cuyo favor se reclama ha realizado trabajos remunerados con contratos de trabajo que aparecen como legítimos como puede advertirse del certificado de pago de cotizaciones previsionales; como además, Apolinar Becerra tiene familia constituida en Chile, con un hijo de esta nacionalidad que contaría con tan solo ocho meses de edad, lo que pone de manifiesto el arraigo del extranjero y la enmienda de la conducta que llevó a la autoridad administrativa a decretar su expulsión.”

Decisión del tribunal:

“Y vistos, además, lo dispuesto en el artículo 84, 89, 90, 91 N° 7 del D.L. 1094, se acoge el reclamo interpuesto a favor de César Aníbal Apolinar Becerra, en lo principal de fojas 23, contra el Decreto Supremo N° 872 de 7 de diciembre de 2009, del Ministerio del Interior que decretó la expulsión del referido. En consecuencia, se declara que se deja sin efecto el Decreto Supremo ya mencionado, sin perjuicio de otras medidas legales que pueda adoptar la autoridad recurrida.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Rodríguez y del abogado integrante Sr. Bates, quienes estuvieron por rechazar el reclamo de expulsión, en atención a que el artículo 75 de la Ley de Extranjería, citado por la reclamada, establece de forma imperativa la expulsión del extranjero infractor que, en este caso, ha intervenido en el fraude o simulación de un contrato de trabajo, con el cumplido objetivo de obtener una visa de residencia para trabajar por el lapso de un año, el que aparece acreditado con la declaración de testigos singularizados en el informe policial, el reconocimiento de tal circunstancia, hecha por la hermana y la conviviente del extranjero en el libelo de reclamación y la aceptación expresa del abogado en estrados, lo que permite a estos

disidentes considerar que no se violenta la presunción de inocencia en el caso concreto, tratándose de una infracción administrativa y no penal.

Caso	2
Tribunal	Corte de Apelaciones de Iquique
Rol/N° de resolución	145-15
Fecha de la sentencia	2 de noviembre de 2015
Materia	Recurso de amparo

Resumen del caso:

Recurso de amparo a favor de Juan Durán Reyes, dominicano, en contra de la Intendencia Regional de Tarapacá por dictar Resolución N° 744 de 15 de octubre de 2014, que ordena la expulsión del país por haber ingresado a éste de forma clandestina, fundamentando la Resolución en los artículos 69 de la Ley de Extranjería y 146 del Reglamento de la misma Ley.

Legislación relevante:

- Artículo 69 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional.”

- Artículo 146 del D.S N° 597 de 1984: “Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si ingresaren al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional.”

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: “Que, de lo colacionado en la parte expositiva, se acciona de amparo por cuanto Juan Emilio Duran Reyes, ciudadano Dominicano, ingresó en forma clandestina al país, y al ser controlado por la autoridad policial, se determinó que incumplía la normativa de extranjería vigente, lo que dio como resultado que se dictara en su contra la Resolución Afecta N° 744 de fecha 15 de octubre de 2014, por la Intendencia Regional de Tarapacá, la cual decretó orden de expulsión en contra del amparado. Dicha resolución fue objeto de recurso administrativo de reconsideración, resuelto con fecha 16 de abril de 2015, mediante Resolución No1368/1692/15, la cual rechazó dicho arbitrio, manteniendo la orden de expulsión, sin considerar que no se había determinado la responsabilidad en algún ilícito ni afectado la presunción de inocencia, como tampoco se estimó que dicho acto administrativo atenta contra la unidad familiar y el interés superior del mismo grupo.”

SEXTO: “Que de lo señalado surge con toda claridad que el acto impugnado adolece de falta de fundamentos, estableciéndose que el único sustento fáctico, fue puesto en conocimiento de las autoridades llamadas por ley a investigarlo, con el objeto de establecer su ocurrencia, sino que, además, ha sido utilizada en un acto administrativo de gran trascendencia, sólo como un mero acto de autoridad, sin respaldo jurídico, limitando gravemente al afectado en la posibilidad de ejercer sus defensas, en sede judicial o

administrativa lo que resulta inaceptable en cualquier actuación de la Administración Pública.”

SÉPTIMO: “En el mismo sentido, al momento de decretar la expulsión, la Intendencia Regional no tuvo en consideración la realidad personal y familiar del amparado, puesto que su salida forzosa del país traerá inevitables y perniciosas consecuencias, como la disgregación de la familia; por lo que para analizar la expulsión, debe ponderarse que al recurrente le asiste el derecho de disfrutar de la vida familiar, consagrado expresamente por distintas convenciones internacionales, observando además que efectivamente existen antecedentes para determinar la existencia de un vínculo matrimonial con Yajira Santos, además de encontrarse prestando servicios laborales para la empresa Sellados y Embalajes Valenzuela Limitada, resultando con ello que atendido el arraigo demostrado, la orden de expulsión es arbitraria, al afectar la familia del recurrente, institución que se estima como núcleo fundamental de la sociedad.”

Decisión del tribunal:

“Por estas consideraciones y de conformidad(...) SE ACOGE el recurso de amparo interpuesto a fojas 9 a favor Juan Emilio Duran Reyes, dominicano, pasaporte N° SG3071339, ya individualizado, dejándose sin efecto la Resolución Afecta N°744/2014, de 15 de octubre de 2014, dictada por la Intendencia Regional de Tarapacá.”

Caso	3
Tribunal	Corte Suprema
Rol/N° de resolución	5277-2015
Fecha de la sentencia	23 de abril de 2015
Materia	Recurso de amparo
<u>Resumen del caso:</u>	
Recurso de amparo a favor del ecuatoriano Fernando Navarrete Gurumendi, en contra del	

Ministerio del Interior por dictar la orden de expulsión por el Decreto N° 329 de 31 de enero de 2014, por el tráfico de insignificantes cantidades de droga, causal presente en el art. 17 en relación con el art. 15 N° 2, ambos de la Ley de Extranjería.

Legislación relevante:

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.”

Artículo 17 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional.”

Considerandos relevantes:

SEGUNDO: “Que el Decreto de Expulsión de autos establece como fundamento de hecho que el ciudadano ecuatoriano registra la condena por el delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga, antes referida. Asimismo, deja constancia de la residencia definitiva concedida, pero sin embargo no consigna haberse dejado sin efecto o revocado tal permiso.

Sobre ese punto, cabe destacar que la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Al no regular el procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la Ley N° 19.880, de la que interesa destacar el principio de contradictoriedad consagrado en su artículo 10 que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten,

restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Finalmente, el artículo 16 de la ley recoge el principio de transparencia y de publicidad, en cuanto en el procedimiento administrativo se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.”

TERCERO: “Que, en estas circunstancias, no es posible adquirir convicción en torno al cumplimiento, de parte de la autoridad administrativa, tanto del hecho de haberse llevado a cabo un proceso de revocación o invalidación del permiso de residencia definitiva con que contaba el amparado como a que en éste, de haberse tramitado, se hayan respetado las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos.

De esta manera no resulta procedente decretar la expulsión del ciudadano ecuatoriano, puesto que su autorización para residir en el país no ha sido revocada, trámite que debe realizarse previamente para así dotar a las actuaciones de la administración de la debida coherencia.”

Decisión del tribunal:

“Y visto, (...) se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto en lo principal de fojas 7, en favor de Fernando Mauricio Navarrete Gurumendi, dejándose sin efecto el Decreto N° 329 de fecha 31 de enero de 2014, dictado por el Ministro del Interior y Seguridad Pública, que ordenó la expulsión del país del citado ciudadano.

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch, para revocar la sentencia en alzada y acoger el amparo, tiene además presente que el delito de tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades cometido por Navarrete Gurumendi se evidencia como una infracción menor, considerando el largo tiempo de residencia definitiva que tiene en el país sin reproches -11 años a la fecha-, y la circunstancia de haber formado una familia con una ciudadana chilena, con quien tiene un hijo menor de edad, cuestión que por un lado demuestra su arraigo ostensible en este país, y por otro lado hace que la expulsión afecte negativamente su núcleo familiar, tornando la decisión en desproporcionada y por ello arbitraria al afectar

lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República y los derechos consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño, principalmente en sus artículos 3 y 9.”

Caso	4
Tribunal	Corte Suprema
Rol/N° de resolución	9051-2015
Fecha de la sentencia	22 de julio de 2015
Materia	Recurso de amparo

Resumen del caso:

Se interpone recurso de amparo a favor de Sandra Ángulo Viveros, colombiana, en contra de la Intendencia Regional de Los Lagos por la dictación de la Resolución Afecta N° 008 del 14 de junio de 2011 que ordena la expulsión de la ciudadana colombiana, fundamentada en su ingreso al país por paso no habilitado, causal que se encuentra presente en el artículo 69 del DL 1094.

Legislación relevante:

Artículo 69 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros

serán expulsados del territorio nacional.”

Artículo 146 del D.S N° 597 de 1984: “Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si ingresaren al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional.”

Considerandos relevantes:

CUARTO: “Que el mencionado decreto se ampara en lo previsto en los artículos 69 del Decreto Ley N° 1094 y 146 del Reglamento de Extranjería, por lo que a efectos de calificar el acto de autoridad que ahora se revisa, dadas las circunstancias personales y familiares de la amparada, cabe advertir que ello trae inevitables consecuencias a la menor Thayra Abigail Soto Angulo, hija de la recurrente, de tres años, al tener un evidente apego con su madre, dada su corta edad.

En este estado de cosas, resulta forzoso concluir que la decisión en contra de la cual se ha interpuesto esta acción constitucional se torna ilegal, tanto porque su única motivación fáctica no fue eficazmente investigada por las autoridades llamadas por ley a hacerlo con el objeto de establecer su efectiva ocurrencia, pese a lo cual se la invoca en un acto administrativo de grave trascendencia lo que ilustra sobre la desproporcionalidad de la medida, como por afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados por diversos tratados internacionales

relativos a la protección de la familia, motivo por el que, en caso de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre, se producirá la disgregación del núcleo familiar aludido precedentemente.”

QUINTO: “Que lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 21 inciso tercero de la Carta Fundamental que permite a toda persona reclamar de amparo por una situación como la de autos y faculta a la jurisdicción para dictar las medidas pertinentes que garantizan el ejercicio del derecho a la libertad individual que se ha afectado con la medida de que se trata.”

Decisión del tribunal:

“Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de cuatro de julio del año en curso, escrita de fojas 41 a 44 y en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto en lo principal de fojas 13 a favor de Sandra Paola Angulo Viveros, dejándose sin efecto la Resolución Afecta N° 008 de 14 de junio de 2011 dictada por la Intendencia Regional de Los Lagos, que ordenó la expulsión del país de la citada Angulo Viveros.”

Caso	5
Tribunal	Corte de Apelaciones de Temuco
Rol/N° de resolución	93367
Fecha de la sentencia	12 de noviembre de 2015
Materia	Recurso de amparo

Resumen del caso:

Recurso de amparo a favor de Florian Daltrozzo, ciudadano ítalo-aleman, en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública por la dictación del decreto N° 1107, que ordena la expulsión del amparado debido a haber sido condenado por la plantación de 25 plantas de marihuana fundado en el artículo 15 N° 2 de la Ley de Extranjería.

Legislación relevante:

- Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.”

- Artículo 84 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “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.”

Considerandos relevantes:

CUARTO: “(...) De este modo, y en síntesis, no sólo la Constitución, sino el resto del ordenamiento jurídico deben ser interpretados y aplicados a partir del valor constitucional consistente en considerar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y otorgándole la debida protección.”

QUINTO: “Que desde el punto de vista internacional, la Convención sobre los derechos del niño, ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico chileno, confiere a este último una serie de derechos tendentes a asegurar la protección del superior interés de niños, niñas y adolescentes.”

OCTAVO: “Que en el presente caso el ilícito por el que se condenó al amparado y en el que se justifica la expulsión cuenta con un reproche penal de menor entidad, como lo acredita la sanción no aflictiva a la que fue condenado, la que por lo demás cumplió mediante remisión condicional de la pena.

Por el otro lado, la aplicación de la medida administrativa de expulsión lesionaría la unidad de la familia y de este modo el interés jurídico constitucional consistente en tutelarla como núcleo fundamental de la sociedad. Además, lesionaría el derecho fundamental de los niños a vivir con su padre, de acuerdo con lo estatuido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

A juicio de esta Corte, la ponderación de los intereses en juego permite concluir que existe una desproporción entre los beneficios de la medida de expulsión que se pretende aplicar y los perjuicios que derivan de la misma. Esta desproporción fuerza a declarar la inconstitucionalidad de la medida administrativa cuestionada, según se dirá en lo resolutivo de la presente sentencia.”

Decisión del tribunal:

“Que SE ACOGE la acción de amparo constitucional deducida por don Florian Daltrozzo, de su cónyuge doña Vinka Peña Molina y de los hijos de ambos, Julián y Danika, ambos apellidados Daltrozzo Peña, y en consecuencia SE DECLARA que se deja sin efecto el decreto 1107(...)”

Caso	6
Tribunal	Corte de Apelaciones de Puerto Montt
Rol/N° de resolución	8747
Fecha de la sentencia	16 de febrero de 2017
Materia	Recurso de amparo

Resumen del caso:

Acción de amparo en favor de A.R.A de nacionalidad colombiana, en contra de la Intendencia Regional de los Lagos, que mediante la Resolución Afecta N° 30/379 con fecha del 26 de junio de 2016 procede a dictar la sanción de expulsión en contra de la amparada, fundamentándose dicha Resolución en el artículo N° 69 del DL 1.094, debido a que la

ciudadana colombiana habría entrado al país por un paso no habilitado en el norte de este.

Legislación relevante:

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 7.- Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este decreto ley y su reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el N° 4 del artículo siguiente y en los artículos 35 y 83.”

Artículo 69 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional.”

Considerandos relevantes:

CUARTO: “Que, para determinar la legalidad del acto cuestionado, es necesario tener presente que el [artículo 15](#) del [DS 597 de 1984](#), o reglamento de Extranjería, establece una serie de requisitos ‘para otorgar visaciones a los extranjeros que deseen ingresar al país en la calidad de residentes’. A su turno, el artículo 15 N°7 del DL 1094, o Ley de Extranjería, prohíbe el ingreso al país de los extranjeros que ‘no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este decreto ley y su reglamento’, para luego, en su artículo 17, disponer que ‘Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15... podrán ser expulsados del territorio nacional’ ”.

QUINTO: “Que la facultad administrativa señalada en el considerando precedente debe

entenderse de manera independiente de la acción penal previa instancia particular contemplada en el artículo 69 de la Ley de Extranjería y en el artículo 146 de su reglamento, al emanar de fuentes diversas y por reglar supuestos fácticos diversos.”

SÉPTIMO: “Que constituye un hecho de la causa, al no existir controversia a su respecto, que la amparada A.M.R.A. ingresó al territorio nacional por un paso no habilitado para ello, con ánimo de residencia, sin acreditar los requisitos para obtener la visación correspondiente, por lo que deben entenderse satisfechos los requisitos señalados en el considerando cuarto precedente para la procedencia de la medida administrativa de expulsión, que, se insiste, constituye una atribución diversa al ejercicio de la acción penal.”

Decisión del tribunal:

“(…) visto lo dispuesto en los [artículos 19](#) N° 7 y 21 de la [Constitución Política](#) de la República; auto acordado sobre tramitación del Recurso de A., y demás disposiciones pertinentes; se RESUELVE: Que se RECHAZA el recurso de amparo interpuesto.”

Acordado con el voto en contra del Ministro don Jaime Vicente Meza Sáez, quien estuvo por acoger el recurso de amparo, dejando sin efecto el acto cuestionado, en razón de los siguientes fundamentos: “Que, según ya se ha pronunciado con anterioridad esta Corte, en recurso de amparo Rol N° 75-2016, la extinción de la acción penal en este contexto conlleva a la imposibilidad de determinar la existencia del hecho punible, así como la participación culpable de la ciudadana extranjera, y consecuentemente aplicar una sanción que requiere la acreditación previa de tales supuestos. Por lo anterior, no puede verificarse la expulsión, extinguida la acción penal ni tampoco imponer la sanción si la naturaleza del hecho delictivo no fue establecida. Que, habiéndose dispuesto por la autoridad administrativa la expulsión de una ciudadana extranjera por haber ingresado clandestinamente al país, sin que previamente se haya establecido el ilícito penal, acción que iniciada por denuncia luego desistida por la autoridad administrativa, se ha extinguido, se ha obrado en una forma no prevista por la ley, de manera que se ha impuesto a la amparada una amenaza cierta a su libertad personal y seguridad individual que debe ser restablecido por esta acción constitucional, sin que obste a ello, la circunstancia de existir

un pronunciamiento administrativo firme.”

Caso	7
Tribunal	Corte Suprema
Rol/N° de resolución	7080-2017
Fecha de la sentencia	7 de marzo de 2017
Materia	Recurso de amparo

Resumen del caso:

Acción de amparo a favor de Lorenzo Spairani, en contra del Intendente Regional Metropolitano, ya que, mediante la Resolución Exenta N° 77/2017 del 19 de enero de 2017, se decretó la medida administrativa de abandono del país en un plazo de 24 horas, medida que se encuentra fundada en la participación de Spairini en grupos antisistémicos lo que alteraría el orden social. Dicho fundamento se encuentra en el numeral 1° del artículo 15 del DL 1094.

Legislación relevante:

Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado.”

Artículo 84, incisos primero y segundo del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “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.

No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón.”

Artículo 91 N°7 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Corresponderá al Ministerio del Interior la aplicación de las disposiciones del presente decreto ley y su reglamento. 7.- Aplicar las sanciones administrativas que correspondan a los infractores de las normas establecidas en este decreto ley.”

Considerandos relevantes:

CUARTO: “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 la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad.”

SEXTO: “Que en el escenario descrito, resulta que la resolución que motiva el recurso, carece de motivación fáctica, transformando el acto administrativo, en una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar al afectado posibilidad alguna de ejercer sus defensas, lo que resulta inaceptable en cualquier actuación de la Administración Pública.”

SÉPTIMO: “Que por las razones explicitadas, la resolución impugnada es ilegal y resulta, además, arbitraria de modo que con su pronunciamiento se ha conculcado la libertad personal del amparado.”

Decisión del tribunal:

“Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 21 de la Constitución Política de la República, 15 N°1, 17 y 84 del DL N° 1094, **se revoca** la sentencia apelada de veinte de

febrero del año en curso dictada en la causa Ingreso N° 332-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, y en su lugar se decide que **se acoge** el recurso de amparo deducido en favor del ciudadano italiano Lorenzo Spairani y, consecuentemente, se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 77/2017 del 19 de enero de 2017 dictada por la Intendencia Regional Metropolitana que expulsa del país al amparado Lorenzo Spairani, a quien además no le afecta ninguna prohibición para reingresar a Chile.”

Caso	8
Tribunal	Corte de Apelaciones de Arica
Rol/N° de resolución	65-2017
Fecha de la sentencia	15 de marzo de 2017
Materia	Recurso de amparo

Resumen del caso:

Recurso de amparo interpuesto a favor del ciudadano cubano Daniel Pérez Sánchez, en contra de la intendenta de la región de Arica y Parinacota, doña Gladys Acuña, debido a que se decretó la orden de expulsión (Resolución N° 267/1019) contra el amparado, por haber ingresado al país en forma clandestina, causal presente en el artículo 146 del Decreto Supremo N° 597 que aprueba el Reglamento de Extranjería.

Legislación relevante:

Artículo 146 del D.S N° 597 de 1984: “Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si ingresaren al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente

u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional.”

Artículo 78 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Las investigaciones de hechos constitutivos de los delitos comprendidos en este Título sólo podrán iniciarse por denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal.

El Ministro del Interior o el Intendente podrán desistirse de la denuncia o querrela en cualquier

momento y el desistimiento extinguirá la acción penal.

En tal caso, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal dispondrá el inmediato cese de las medidas cautelares que se hubieren decretado.”

Considerandos relevantes:

TERCERO: “Que, consta de la misma resolución impugnada que la autoridad regional interpuso denuncia por el hecho descrito en el número anterior, y que posteriormente presentó desistimiento de tal acción, esto es, no tuvo intención de que fuera indagado el supuesto delito cometido, desde que el desistimiento tiene el efecto de extinguir la responsabilidad penal, no obstante que el artículo 69 del D.L. 1094 invocado como fundamento legal de la resolución recurrida, impone la medida de expulsión para los extranjeros que ingresen clandestinamente o por lugares no habilitados al país, una vez cumplida la pena que la misma norma establece.”

SÉPTIMO: “Que, de lo consignado en el motivo que antecede, vale destacar que sólo el Decreto Supremo N° 597 ha contemplado la posibilidad de expulsar del país al extranjero que hizo ingreso al país de manera clandestina -incurriendo con ello en una conducta constitutiva de delito- antes de que se determine por quien corresponde que efectivamente se ha cometido ese delito y que se cumpla la pena que la ley prevé al efecto. En otros términos, ha sido una normativa de carácter jerárquicamente inferior a la ley la que ha

creado una nueva causal que permitiría una forma de afectación del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual -como lo es por cierto la expulsión del territorio de la República-, en circunstancias que, como se concluyó más arriba luego de la simple lectura de su texto, esa determinación ha quedado entregada por Constitución Política al dominio de la ley.”

OCTAVO: "Que, atendido lo señalado, es que la sujeción irrestricta a la Constitución y a la ley no sólo de la misma autoridad, sino de esta propia Corte, impide amparar el proceder de la Intendencia Regional y, en último término, avalar o respaldar una expulsión del territorio nacional dispuesta, quiérase o no, en un caso que la ley no ha contemplado. Dicha sujeción irrestricta de los órganos del Estado a la Constitución y la ley se consagra en la propia Carta Fundamental como la regla esencial del Derecho Público Chileno en los artículos 6° y 7°, en especial cuando el inciso segundo de este último precepto dispone que ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Así, si la ley no le confirió al Intendente Regional de manera explícita y directa *-expresamente*, en los términos del texto constitucional- la autoridad para expulsar a un extranjero que ingresó clandestinamente al país sino una vez cumplida la pena por el delito cometido, simplemente no puede hacerlo y si lo hace, vulnera la Constitución y la ley. Esto es precisamente lo que ha acontecido en el caso de la especie y, en razón de ello, el recurso de amparo debe ser acogido.”

Decisión del tribunal:

“Por estas consideraciones y teniendo, además, presente lo dispuesto en el artículo 69 del D.L. 1094 y artículo 21 de la Constitución Política de la República, se declara: Que se acoge el recurso de amparo deducido por el letrado Germán Candía Venegas, a favor del ciudadano cubano don Daniel Pérez Sánchez, carné de identidad N° 79100207202 de la República de Cuba y, consecuentemente, se deja sin efecto la Resolución Exenta 267/1019, de 10 de junio de 2015, de la Intendencia Regional de Arica y Parinacota, que dispone su expulsión del territorio nacional.”

Caso	9
Tribunal	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Rol/N° de resolución	84-2017 y 85-2017
Fecha de la sentencia	18 de abril de 2017
Materia	Recurso de amparo
<u>Resumen del caso:</u>	
<p>Recurso de amparo a favor de Michael Peña Gómez, Eduardo Pillaca Matos y Carla De la Cruz Salas, todos de nacionalidad peruana, contra el Intendente de la región de Antofagasta y contra de la Policía de Investigaciones de Chile, por dictar Resolución Exenta N° 390 y 397 con fecha de 23 y 25 de enero respectivamente, fundadas dichas Resoluciones en el art. 15 N° 1 de la Ley de Extranjería, por incentivar doctrinas que pudieran destruir el orden social.</p>	
<u>Legislación relevante:</u>	
<p>Artículo 15 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden</p> <p>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.”</p>	
<p>Artículo 82 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Las medidas de control serán adoptadas por la autoridad policial que sorprenda la infracción, la que pondrá los antecedentes en conocimiento del Ministerio del Interior, por conducto de la Dirección General de Investigaciones, a fin de que se apliquen al infractor las sanciones que</p>	

correspondan.

La autoridad señalada en el artículo 10 que sorprenda al infractor, procederá a tomarle la declaración pertinente y a retirarle los documentos que correspondan.

Asimismo, le señalará una localidad de permanencia obligada, por el lapso que se estime necesario y le fijará la obligación de comparecer periódicamente a una determinada unidad policial.

La circunstancia de eludir estas medidas de control y traslado, será causal suficiente para expulsar del país al infractor.”

Considerandos relevantes:

OCTAVO: “Que como ya lo ha razonado nuestra Excma. Corte Suprema, ‘es conveniente destacar que las atribuciones que detentan los órganos de las administración del Estado son conferidas por la Ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. El ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad’ (Rol No 7080-2017).

En tal sentido, de la sola lectura de los antecedentes puede concluirse que el fundamento fáctico reviste la calidad de genérico e indeterminado en cuanto a las conductas específicas imputadas, pues pese a lo informado por Policía de Investigaciones, en los partes emitidos, que dan sustento a las resoluciones, sólo se hace referencia a la infracción de la normativa de extranjería, sin indicar, precisar y domeñar el actuar de los amparados a algún hecho en específico, lo que conlleva, en definitiva, a la inexistencia de sustento fáctico. Por lo demás, la imputación al anarquismo no constituye per se actos violentos y reprimidos, referidos en el Decreto Ley N° 1.094, desde que no es más que un pensamiento filosófico para defender la libertad individual.

Además, ninguna mención informó la Policía de Investigaciones sobre la organización del encuentro, autorización, prohibición o desarrollo del mismo, lo que hace aún más arbitraria la decisión que se concretó en la expulsión de los amparados.”

NOVENO: “Que la Constitución Política de la República establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Asimismo, el derecho a la libertad personal y la seguridad individual, de conformidad al artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental, establece que toda persona tiene derecho a permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, sin que nadie pueda ser privado de su libertad personal sino en los casos determinados por la Constitución y las leyes, de manera que la autorización otorgada en el Decreto Ley N° 1.094, debe interpretarse a la luz de estas normas.”

DÉCIMO: “Que no existiendo soporte fáctico en las resoluciones objeto del recurso, la decisión de expulsión ha sido dictadas en contravención al artículo 41 la Ley No 19.880 y artículo 15, 17, 84 y 90 del D.L. No 1094, artículos 5, 19 N° 7 y 21 de la Constitución Política de la República, porque no se comprobó la exigencia del legislador, en cuanto a propagar o fomentar doctrina que altere por la violencia, el orden social del país, tornándolas en un acto ilegal y arbitrario que ha vulnerado la libertad y seguridad individual de los amparados, que obliga a acoger el recurso y dejar sin efecto los decretos de expulsión.”

Decisión del tribunal:

“Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, **SE ACOGE** el recurso de amparo interpuesto a favor de Michael Daric Peña Gómez, Eduardo Víctor Pillaca Matos y Carla Andrea De La Cruz Salas, y consecuentemente, se dejan sin efecto las Resoluciones Exentas N°s 390 y 397 de fechas veintitrés y veinticuatro de enero de dos mil diecisiete, dictadas por la Intendencia Regional de Antofagasta que expulsa del país a los amparados ya individualizados, a quienes además no les afecta ninguna prohibición para reingresar a Chile.”

Caso	10
Tribunal	Tribunal Constitucional
Rol/N° de resolución	2273-12-INA
Fecha de la sentencia	4 de julio de 2013
Materia	Inaplicabilidad por inconstitucionalidad
<u>Resumen del caso:</u>	
<p>Se presenta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a favor del ciudadano haitiano Daniel Alerte, respecto de los artículos 13, 64 N° 2, y 67 inciso segundo con el objeto de que se produzca la inaplicabilidad de las normas citadas, por contravenir derechos, principios y libertades presentes en la Constitución, siendo estos 1) el derecho a la igualdad, 2) el principio de inocencia, 3) el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, y 4) el derecho al debido proceso.</p> <p><u>Los hechos del caso son los siguientes:</u> Al ciudadano Daniel Alerte no se le ha renovado su visa de contrato de trabajo, debido a que esta se basa en un contrato de trabajo falso, por lo que se decretó la expulsión de este ciudadano, a pesar de haber colaborado con la Administración del Estado para regularizar su situación.</p> <p><u>Legislación relevante:</u></p> <p>Artículo 13 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la</p> <p>reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.</p> <p>Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el</p>	

reglamento.”

Artículo 64 N° 2 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

2.- Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas.”

Artículo 67 inciso segundo del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.”

Conflicto constitucional:

“(…) el conflicto de constitucionalidad que presenta al Tribunal Constitucional consiste en determinar si la aplicación de los tres preceptos reprochados, que ha permitido a la autoridad administrativa ordenar que el requirente abandone el país y que eventualmente permitiría que los tribunales superiores aceptaran las respectivas órdenes de abandono, contraviene o no diversos derechos asegurados por la Constitución Política.”

Considerandos relevantes:

Titularidad del derecho de ingreso al país en la Constitución:

VIGESIMOSÉPTIMO: “Que la Constitución identifica tres ámbitos para determinar la titularidad de los derechos fundamentales, tanto genérica como específicamente ligado a cada derecho. El primer reconocimiento lo realiza la Carta Fundamental en el epígrafe del artículo 19 al disponer que *“la Constitución asegura a todas las personas”*. El segundo ámbito es aquel relativo a cómo se entiende la categoría de “extranjero” dentro del derecho de igualdad configurado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Y, finalmente, la titularidad específica del derecho involucrado la sostiene el texto constitucional al disponerlo, expresamente, en el artículo 19 N° 7, literal a), de la Constitución.”

La Constitución ni distingue genéricamente entre extranjeros y chilenos en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales:

VIGESIMONOVENO: “Que de los antecedentes constitucionales que originaron la norma del epígrafe del artículo 19 se pueden extraer las siguientes conclusiones. (...)estos estudios iniciales avalan la ampliación expresa de la titularidad a las personas jurídicas -con una deliberación basada profusamente en ese tema- y también a la realidad de los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras. (...) Este criterio viene a fortalecer el caso de los derechos de ingreso de un extranjero al país, los cuales se encuentran sometidos plenamente a la legislación nacional bajo los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En síntesis, esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros sino que les reconoce tal título de derechos plenamente.”

El principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjeros, salvo expresa habilitación constitucional:

TRIGESIMOTERCERO: “Que esta normativa califica de discriminación arbitraria la realización de distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable. (...) Por tanto, distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución. Estos criterios distintivos no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional.”

Aplicación al caso concreto de los criterios constitucionales enunciados:

CUADRAGÉSIMO: “Que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de que la norma fundamental no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obliga a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos

en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país.”

Los requisitos de entrada son diferentes a las condiciones de permanencia del extranjero:

CUADRAGESIMOSEGUNDO: “Que los derechos de un inmigrante que ha ingresado regular y legalmente al país, (...) se transforman en el derecho de residir y permanecer en el país (puesto que el ánimo del inmigrante es su radicación), en el derecho de regularizar su estadía (...)y, en general, en un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos y con la propia Constitución. Justamente, en el caso de autos se trata de un inmigrante que ingresó legalmente al país, pero cuya permanencia no regularizó adecuadamente y que se encuentra con los requisitos materiales cumplidos para su permanencia.”

El régimen de las causales tasadas para rechazar los visados:

QUINCUAGÉSIMO: “Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los

requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona.”

Decisión del tribunal:

“SE RESUELVE:

1.- Que se acoge por mayoría de votos el requerimiento respecto del artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094.

2.- Que, habiéndose producido empate de votos respecto de la inaplicabilidad de los artículos 13, inciso segundo, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar su requerida inaplicabilidad, motivo por el cual se rechaza en esa parte el requerimiento de fojas 1.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres estuvo por acoger el requerimiento sólo en lo referido a la impugnación de los artículos 64 N° 2° y 67, inciso segundo, del Decreto ley N° 1.094, de 1975, y exclusivamente por las razones que expresa a continuación:

6°. Que, en este sentido, no debe perderse de vista que el requirente sostiene que la aplicación del artículo 64 N° 2° del Decreto Ley N° 1.094 vulnera el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, desde el momento que faculta a la autoridad administrativa, más allá de sus atribuciones, para calificar la veracidad de los contratos de trabajo presentados por el requirente, en circunstancias que ello corresponde a los tribunales de justicia.

7°. (...) Bajo este principio, incluido en las Bases de la Institucionalidad chilena, un órgano del Estado podrá actuar en conformidad a la ley, en este caso al Decreto Ley N° 1.094, pero ello no asegura que se haya respetado el principio de juridicidad, si el cumplimiento de la ley implica una vulneración constitucional. Esto es lo que la doctrina iuspublicista conoce como la “ley pantalla”, en cuanto la ley obliga a tal punto a la autoridad administrativa que la lleva a ignorar que está incurriendo en la vulneración más grave: la del principio de

supremacía constitucional.

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad de autos, relativos a los artículos 13 inciso segundo, 64, numeral 2) y 67 del Decreto Ley N° 1.094, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

2°. El artículo 13 inciso segundo y el artículo 64, numeral 2°, del cuerpo legal de extranjería aludido, importa la regulación de un procedimiento administrativo migratorio que se inicia con una solicitud del permiso de residencia y que concluye con el rechazo de la solicitud por la falsedad de la declaración.

(...) se estima que esta situación afecta el derecho al debido proceso del ciudadano extranjero requirente en este proceso constitucional. Toda la estructura de la decisión es dependiente de un informe técnico de la Policía de Investigaciones que no puede ser, en los hechos, objetado. Como se sostuvo en esta sentencia “se puede constatar que se trata de una evidencia del todo incompleta, sostenida en declaraciones del propio requirente en autos y con una indagación policial insuficiente que determina los pasos sucesivos que derivan en que el Ministerio del Interior decreta su expulsión.

4° Que a partir de estas consideraciones resulta claro que no existe un derecho de revisión en forma que facilite la acción de la justicia ante una expulsión arbitraria. Si bien la legislación de extranjería contempla un recurso contra la orden de expulsión o de “abandono voluntario” ante la Corte Suprema (artículo 89 y 90 del Decreto Ley N° 1.094), y que no fue objeto de inaplicabilidad en este requerimiento, se da dentro de un plazo (24 horas desde la notificación de la expulsión) y en un contexto (expulsión coercitiva con inspección policial) que resulta prácticamente imposible de ejercer, máxime si una persona jamás ha conocido, litigado, alegado derechos y, previsiblemente incluso, no conozca el idioma que lo permita. Todas estas son vulneraciones al debido proceso y que afectan los derechos directamente establecidos para todos en el artículo 19, numeral 3°, de la Constitución.

Los Ministros Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, discrepando de la

mayoría, votaron por desestimar el requerimiento en todas sus partes, atendidas las consideraciones siguientes:

4º) Que, en todo caso, la facultad “discrecional” que el artículo 13 del DL N° 1.094 concede al Ministerio del Interior, no aparece por sólo ello reprochable, puesto que encuentra sustento en el artículo 24, inciso segundo, constitucional, que al Jefe de Estado expresamente le acuerda las más amplias atribuciones, en tanto “su autoridad se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior” de acuerdo con la Constitución y las leyes.

7º) Que tampoco se divisa alguna inconstitucionalidad en el recién transcrito artículo 64, N° 2, cuyo tenor guarda armonía con otros preceptos legales que, inspirados en el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, permiten dejar sin efecto aquellos actos administrativos favorables cuando han sido obtenidos de mala fe o sobre la base de antecedentes falsos o adulterados, presentados por el propio interesado.

Sin ir más lejos, la Ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, contempla análogamente la cancelación cuando se acredite la falsedad de los fundamentos invocados para el reconocimiento de la condición de refugiado o la existencia de hechos que, de haber sido conocidos cuando se otorgó tal reconocimiento, hubiesen implicado una decisión negativa (artículo 18, N° 2).”

Caso	11
Tribunal	Tribunal Constitucional
Rol/N° de resolución	2257-12-INA
Fecha de la sentencia	10 de septiembre de 2013
Materia	Inaplicabilidad por inconstitucionalidad
<u>Resumen del caso:</u>	

Se presenta acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13, 64 N°2, y 67 inciso segundo del Decreto Ley 1094, para que produzca efectos en el proceso acerca del recurso de protección caratulado “Fortilus, Sonia, con Ministro del Interior y Seguridad Pública, Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, y Jefe Suplente de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública” cuyo Rol es N° 6118-2012, y se declaren inaplicables las normas señaladas por atentar contra derechos, principios y libertades presentes en la Constitución, siendos estos 1) el derecho a la igualdad, 2) el principio de la inocencia, 3) el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, y 4) el derecho al debido proceso.

Los hechos son los siguientes: La ciudadana haitiana Sonia Fortilus solicita una visación de residencia sujeta a contrato de trabajo, la que es denegada porque anteriormente había presentado una solicitud de visación de la misma naturaleza, pero con un contrato de trabajo falso, por lo que se decreta el abandono voluntario del país de la ciudadana, esto justificado en el artículo 67 inciso segundo del Decreto Ley 1094.

Legislación relevante:

Artículo 13 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la

reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.

Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el reglamento.”

Artículo 64 N° 2 del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

2.- Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visas y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas.”

Artículo 67 inciso segundo del Decreto Ley N° 1094 de 1975; Ley de Extranjería: “Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.”

Conflicto constitucional:

“(…) el conflicto de constitucionalidad que se presenta ante este Tribunal Constitucional consiste en determinar si la aplicación de los tres preceptos reprochados -que ha permitido a la autoridad administrativa ordenar legalmente que la requirente abandone el país y que eventualmente permitiría además, que los Tribunales Superiores aceptaren las respectiva orden de abandono- que contraviene o no diversos derechos asegurados por la Constitución Política.”

Considerandos relevantes:

I.- CONSIDERACIONES PARA RECHAZAR EL REQUERIMIENTO:

La Presidenta del Tribunal, Ministra señora Marisol Peña Torres, y el Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, estuvieron por rechazar la acción de inaplicabilidad de autos respecto de todos los preceptos reprochados, en base a las siguientes consideraciones:

TERCERO: “Que(…) ha sido la propia Administración la que ha extinguido dicho acto basal, mediante otro acto administrativo de contrario imperio, ya referido. De allí que, en las actuales circunstancias, carezca de toda relevancia perseverar en vías de impugnación de actos ya ineficaces. En este escenario, las normas legales censuradas constitucionalmente en esta sede no tienen aplicación posible, al menos en perjuicio de la requirente, puesto que el acto administrativo en que se fundó – impugnado judicialmente – ya no produce consecuencias, a partir de los privilegios de auto tutela de la Administración del Estado.”

Los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado votaron por desestimar el requerimiento en todas sus partes, atendidas las consideraciones siguientes:

CUARTO: “Qué (...) la facultad “discrecional” que el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.094 concede al Ministerio del Interior, no aparece por sólo ello reprochable, puesto que encuentra sustento en al artículo 24, inciso segundo, constitucional, que al Jefe de Estado expresamente le acuerda las más amplias atribuciones, en tanto “su autoridad se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior” de acuerdo con la Constitución y las leyes.”

II.- CONSIDERACIONES PARA ACOGER EL REQUERIMIENTO:

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad de autos, por el artículo 13, inciso primero, respecto del cual se produjera un empate de votos en torno a su inaplicabilidad, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

El derecho a inmigrar y el deber estatal de recibir:

QUINTO: “(...) Por tanto, el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional. Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados.”

SÉPTIMO: “Que el conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites:

- Que el Estado puede condicionar su consentimiento al ingreso de un extranjero al

país, bajo una serie de condiciones normativas previstas por ley, relativas a circulación, residencia, empleo o condiciones generales al extranjero en situación de tránsito.

- Que una vez que se ingrese legalmente, el extranjero tiene todos los derechos como si fuera un nacional y las limitaciones a la libertad de circulación y residencia se rigen por las disposiciones del artículo 12.3 del Pacto Internacional.

En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país.”

Titularidad del derecho de ingreso al país en la Constitución:

VEINTE: “Que todos los ordenamientos constitucionales extranjeros que citamos reconocen el derecho de residencia y la libertad de circulación o locomoción, especialmente el derecho de ingresar al territorio del extranjero, bajo categorías que distinguen entre extranjeros vs. nacionales o ciudadanos. Esta diferencia permite fundar titularidades distintas en este derecho, siendo las personas, nacionales o ciudadanos, agentes propiamente de derechos fundamentales y, por ende, de derechos fuertemente resistentes, con garantías relevantes de orden jurisdiccional al servicio de su protección. En cambio, los derechos de residencia y circulación para extranjeros se sitúan bajo la fórmula de derechos de configuración legal, esto es con un amplio margen de discernimiento legislativo y una potencial reducción de sus garantías asociadas a la permanencia en el país. Justamente esta distinción ampliaría los derechos estatales relativos a la discrecionalidad en la admisión de los extranjeros a nuestro país. Para ello, esta concepción debería estar establecida expresamente en el texto constitucional, de la misma manera que se intentó en 1925 o en 1950, respecto de la Constitución de 1925, y que nunca se determinó como tal con precisión. Sin perjuicio de que ese texto constitucional reconoce con impropiedad esa posibilidad de distinción sobre la base del término ‘habitante’.”

Consideraciones de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino, para acoger el requerimiento en todas sus partes:

SEGUNDO: “Que, como primera consideración, es preciso afirmar que toda persona tiene derecho a emigrar. Es así como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

‘1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.’”

TERCERO: “Que, en segundo lugar, debe afirmarse que el derecho a emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros. En este sentido, el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado”.

SÉPTIMO: “Que como tercera consideración debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución, a diferencia de lo que establecen otros textos constitucionales comparados, no distingue genéricamente entre extranjeros y chilenos en el reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales.”

ONCEAVO: “Que, siguiendo el argumento, la Constitución vigente identifica tres ámbitos para determinar la titularidad de los derechos fundamentales, tanto genérica como específicamente ligado a cada derecho. El primer reconocimiento lo realiza la Carta Fundamental en el epígrafe del artículo 19 al disponer que *“la Constitución asegura a todas las personas”*. El segundo ámbito es aquel relativo a cómo se entiende la categoría de “extranjero” dentro del derecho de igualdad configurado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Y, finalmente, la titularidad específica del derecho involucrado la sostiene el texto constitucional al disponerlo, expresamente, en el artículo 19 N° 7, literal a), de la Constitución.”

DECIMOSÉPTIMO: “Que, en consecuencia, distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución. Estos criterios distintivos no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional.”

VEINTISEISAVO: “Que los derechos de un inmigrante que ha ingresado regular y legalmente al país, esto es, por los lugares habilitados al efecto, con el control habitual de los organismos públicos de extranjería, seguridad, aduaneros y fitosanitarios y, excepcionalmente, bajo medidas de sanidad pública, se transforman en el derecho de residir y permanecer en el país (puesto que el ánimo del inmigrante es su radicación), en el derecho de regularizar su estadía (cuando algunos de los requisitos de cumplimiento para su permanencia se dilatan en el tiempo) y, en general, en un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos y con la propia Constitución. Justamente, en el caso de autos se trata de un inmigrante que ingresó legalmente al país, pero cuya permanencia no regularizó adecuadamente y que se encuentra con los requisitos materiales cumplidos para su permanencia.”

Decisión del tribunal:

“SE RESUELVE:

1.- Que, habiéndose producido empate de votos respecto de la inaplicabilidad del artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar su requerida inaplicabilidad, motivo por el cual se rechaza en esa parte el requerimiento de fojas 1.

2.- Que se rechaza por mayoría de votos el requerimiento respecto de las demás normas reprochadas, esto es, de los artículos 13, inciso segundo, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094.

Se previene que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes sólo acoge el requerimiento de autos respecto del reprochado artículo 13, inciso primero, pues, respecto de las demás normas objetadas considera que los criterios preceptivos contenidos en éstas

no resultan constitucionalmente reprochables en sí mismos, toda vez que se limitan a declarar la ineficacia para fines de autorización migratoria de antecedentes que se demuestren falsos, así como a disponer el consecuente abandono del país respecto de aquel extranjero al que se le haya rechazado su autorización de residencia.”