



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

**JUECES FRENTE A SUJETOS MIGRANTES: ANÁLISIS ACERCA DEL  
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS SUJETOS MIGRANTES COMO  
SUJETOS DE DERECHOS**

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

JOSEFINA ARIAS GONZÁLEZ

Profesoras Guía: Rita Lages y Liliana Galdámez

Santiago, Chile

2021

# INDICE

<b><u>RESUMEN</u></b> .....	4
<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	5
<b><u>Capítulo I. Marco conceptual</u></b> .....	10
1. <u>Concepto de sujeto migrante</u> .....	10
1.1. <u>Sujeto de derechos</u> .....	10
1.2. <u>Sujeto migrante</u> .....	15
1.3. <u>Sujeto migrante como sujeto de derechos</u> .....	18
2. <u>Construcción social del sujeto migrante</u> .....	21
<b><u>Capítulo II. Análisis jurisprudencial</u></b> .....	24
1. <u>Acciones analizadas</u> .....	24
1.1. <u>Acción de amparo</u> .....	24
1.2. <u>Acción de protección</u> .....	25
2. <u>Metodología y criterio de selección de casos</u> .....	26
3. <u>Resultados de la investigación: lineamientos encontrados</u> .....	27
3.1. <u>Consideraciones acerca del sujeto</u> .....	27
3.2. <u>Tendencia formalista o legalista</u> .....	28
A. <u>Discrecionalidad administrativa</u> .....	29
B. <u>Ajuste a la ley y presunción de legalidad</u> .....	32
C. <u>Autoridad competente dentro del ejercicio de sus funciones</u> .....	35
D. <u>Derecho nacional por sobre el derecho internacional</u> .....	38
3.3. <u>Tendencia de reconocimiento de derechos</u> .....	39
A. <u>Consideraciones de orden normativo</u> .....	40
B. <u>Consideraciones fácticas</u> .....	48
C. <u>Casos híbridos</u> .....	54
4. <u>Conclusiones capítulo</u> .....	55

<b><u>Capítulo III. Jurisprudencia y política migratoria</u></b> .....	57
1. <u>Periodificación de la política migratoria</u> .....	59
2. <u>El devenir de la jurisprudencia en los periodos de la política migratoria</u> .....	63
2.1. <u>El “estado del ánimo” de la jurisprudencia: tendencia a la baja del rechazo de acciones de migrantes de 2010 a 2017</u> .....	65
2.2. <u>Punto de quiebre: ¿orden de la casa desde la jurisprudencia?</u> .....	67
3. <u>Vínculo entre la jurisprudencia y expulsiones administrativas</u> .....	68
4. <u>Conclusiones capítulo</u> .....	71
<b><u>CONCLUSIONES Y REFLEXIONES</u></b> .....	73
<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b> .....	79
<b><u>ANEXO</u></b> .....	84

## **RESUMEN**

La presente tesis analizará la jurisprudencia nacional en materia de migración, en particular las sentencias proferidas por las Cortes de apelaciones y Corte Suprema durante el período 2010 al 2020 con el objetivo de verificar la existencia de una producción de identidad de un sujeto migrante por parte de los Tribunales superiores de justicia.

De esta manera, a través de dicha recopilación, se busca analizar si los tribunales han reconocido a las personas migrantes como sujetos de derecho, y cuáles han sido los factores determinantes para ello. En esa misma línea, se busca identificar si determinadas tendencias jurisprudenciales se han vinculado a momentos en que la discusión pública en torno a la migración ha sido más mediático estando en el foco del debate nacional.

Finalmente, se espera que los resultados permitan concluir que, en general, existen dos tipos de razonamientos en la jurisprudencia de los tribunales superiores: uno que confiere mayor reconocimiento a cuestiones de carácter fáctico, y que permiten otorgar, la mayoría de las veces, determinados derechos fundamentales, reconociendo la identidad de sujeto migrante como sujeto de derecho; otro, que podríamos designar de formalista, que atiende a la literalidad de lo expresado en la ley a la hora de reconocer o no derechos fundamentales a las personas migrantes en el ámbito de los casos judiciales analizados.

## **PALABRAS CLAVE**

Migración internacional - Jurisprudencia chilena - sujeto migrante - racismo.

## INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de investigación se desarrolla en el marco del Proyecto ANID SOC180008 “Migraciones contemporáneas en Chile: desafíos para la democracia, la ciudadanía global y el acceso a los derechos para la no discriminación”, en particular en su línea 2 titulada “Normas, instituciones y jurisprudencia. El tema migratorio desde la perspectiva jurídica: retos y propuestas”, cuyo uno de los objetivos es identificar si la jurisprudencia nacional en ámbito de los casos judiciales relacionados con personas extranjeras en que los ha sido llamada a decidir ha construido una identidad respecto del sujeto jurídico migrante.

La migración es un fenómeno contemporáneo de escala mundial. La mayor conectividad existente entre los países a partir de la globalización ha facilitado el desplazamiento masivo de personas, poniendo en tensión y desafiando la democracia, los sistemas políticos y jurídicos occidentales. Así, en 2019, y de acuerdo con cifras de la ONU, el número de migrantes internacionales – es decir, aquellas personas que residen en un país distinto al de nacimiento- alcanzó los 272 millones de personas en todo el mundo<sup>1</sup>.

Por su parte, Chile no ha estado ajeno a este fenómeno, lo que se evidencia claramente en las cifras: para el 2010 la población migrante se estimaba en 300 mil personas, mientras que para el 2019 esta cifra se estimaba en 1,5 millones, quintuplicando su cantidad<sup>2</sup>. Simultáneamente, los discursos de odio sustentados en el racismo y nacionalismo han ido tomando cada vez más fuerza en respuesta al fenómeno migratorio sustentado en falsas creencias, como por ejemplo que los migrantes limitan las posibilidades de encontrar trabajo a nacionales, que el número de inmigrantes presentes en el país es excesiva<sup>3</sup>.

Desde el ámbito jurídico, y pese la existencia de diversos instrumentos internacionales que obligan a los Estados a reconocer un conjunto de derechos y garantías a las personas migrantes, y a partir de los cuales se han ido estableciendo estándares de protección de derechos humanos, las respuestas de los Estados han sido insuficientes para abordar esta problemática. Chile es un buen ejemplo de ello: la legislación actual contenida en el Decreto Ley 1.094 de 1975, vigente desde la dictadura, tiene una perspectiva obsoleta y anacrónica sobre el fenómeno contemporáneo de la migración,

---

<sup>1</sup> ONU Migración, Informe sobre las migraciones en el mundo, 2019.

<sup>2</sup> Migración en Chile. Servicio Jesuita Migrante. Disponible en: <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/MIGRACION-EN-CHILE-V7.pdf>.

<sup>3</sup> Para más información, ver Encuesta Nacional Bicentenario 2019, Universidad Católica.

confiriendo además amplias atribuciones a la autoridad migratoria, es decir, al Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Esa potestad discrecional ha dado lugar a prácticas y decisiones arbitrarias por parte de la administración del Estado en esta materia y consecuente vulneración de derechos.

Así, se han generado condiciones y restricciones para los migrantes a partir de distintas instituciones, partiendo por la legislación, a través del Decreto Ley N°1904, hasta políticas públicas, las que han contribuido a la construcción social de un sujeto migrante, haciendo posible que una parte de la población especialmente vulnerable se sitúe en un estatus jurídico inferior, impidiendo su reconocimiento como sujetos de derecho desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del constitucionalismo social. De esta manera, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, al momento de resolver los conflictos que involucren a personas migrantes han debido hacer uso, por una parte, de una legislación interna desactualizada y que no está ajustada a un estándar de derechos humanos y por otra, de los tratados internacionales ratificados por Chile de la materia. La consecuencia principal de lo anterior es que son los tribunales superiores de justicia quienes asumen un rol central a la hora de decidir respecto del estatus del migrante y sus derechos. El rol de los tribunales es relevante, pues, finalmente, son quienes deciden ante un conflicto jurídico concreto el estatus jurídico de la persona que recurre ante ellos.

En este contexto, el presente trabajo busca abordar el tratamiento jurídico de la migración, en especial, de la persona migrante, contenido en la jurisprudencia chilena, centrando su estudio en cómo se han enfrentado los jueces de los tribunales superiores de justicia de nuestro país, analizando la influencia que estos han tenido en la producción de una determinada identidad de sujeto migrante, pues a partir de sus decisiones contenidas en los distintos fallos analizados, se configuran las condiciones para establecer dicho estatus y desde allí resolver los requerimientos que se plantean en el poder judicial.

Los estudios e investigaciones existentes de sistematización de la jurisprudencia en materia migratoria se han realizado, en general, desde su vinculación con el derecho internacional de los derechos humanos, abordando cómo los tribunales superiores han incorporado las obligaciones contenidas en los tratados internacionales y los estándares desarrollados por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El presente trabajo pretende avanzar en dicho estudio al realizar una sistematización y análisis jurisprudencial desde el sujeto migrante en las situaciones en que se ha visto afectado en algún derecho fundamental y que ha debido accionar ante el sistema judicial, en su calidad

de recurrente, mediante la interposición de acciones de protección y de amparo, para posteriormente analizar la respuesta del Poder Judicial del estatus legal que les reconoce a los sujetos migrantes.

En cuanto al marco conceptual del presente trabajo, el problema social y contemporáneo de la migración ha sido estudiado desde una perspectiva jurídica a partir de la teoría de los derechos fundamentales, del constitucionalismo social y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incorporándose dichas perspectivas en el presente trabajo. También ha sido analizado, desde una perspectiva regulatoria, en especial respecto de su regulación laboral y administrativa; asimismo desde el estudio dogmático y jurisprudencial. Por otro lado, existen abordajes más del tipo práctico, analizando la interpretación que se le ha dado al D.L. 1.094, tanto por parte de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, así como también por la jurisprudencia administrativa del Departamento de Extranjería y Migraciones.

Analizar la jurisprudencia nacional en materia migratoria desde la perspectiva del sujeto migrante implica un enfoque interdisciplinario, pues debemos incorporar lecturas y reflexiones llevadas a cabo desde las perspectivas sociológica y antropológica, a modo de comprender la formación de identidad migrante, cómo se construye socialmente esta identidad y quienes participan de ella. En este sentido, la cuestión de la construcción social ha sido estudiada tradicionalmente por los sociólogos Berger y Luckmann, además del trabajo elaborado por el grupo CLACSO respecto a la construcción social del sujeto migrante, la que ha sido un gran aporte en la materia y se utilizará en el presente trabajo de investigación.

De esta forma, el objetivo principal de la presente memoria es analizar una selección de jurisprudencia en materia migratoria dictada por los tribunales superiores chilenos entre 2010 y 2020 para responder a la pregunta de investigación: ¿cómo ha contribuido la jurisprudencia en el Chile contemporáneo en la construcción de la condición de sujeto migrante? Para ello, se intentará identificar de qué forma se ha caracterizado a la población migrante en dicha jurisprudencia, principalmente si los tribunales han entendido o no a las personas migrantes como sujetos de derecho a la luz del derecho nacional e internacional, a partir de qué razonamientos y cuáles han sido los factores a considerar para otorgarles dicho estatus jurídico. Así, se identificará y analizará la forma en la que en Chile se construye la condición de sujeto migrante desde la jurisprudencia.

A la vez, se intentará analizar si la construcción de la identidad del sujeto migrante se ha mantenido o si ha ido cambiando a lo largo de los años y en concordancia con distintos momentos históricos. En este punto seguiremos el trabajo del profesor Eduardo Thayer, quien ha identificado las siguientes etapas de la política migratoria chilena: entre 1992 y 2004 lo que se llamó “política por defecto”; la segunda etapa de 2005 a 2017, caracterizada en general por un incremento en las acciones del Estado, una discontinuidad de ellas y un bajo nivel de institucionalización, a la que se llamó “la política del estado de ánimo”; y una última etapa, de 2018 a la fecha, coincidente con el segundo gobierno de Sebastián Piñera<sup>4</sup>, a la que denominó “la política de ordenar la casa”. Se definió el período de 2010 al 2020, por ser un marco temporal en los que han tenido lugar distintos e importantes flujos migratorios hacia Chile y se intentará ver si existe una relación con las distintas fases jurisprudenciales que identificaremos en este trabajo.

La hipótesis del presente trabajo es entonces que los jueces a través de sus decisiones judiciales, en el ámbito de casos concretos, contribuyen a la construcción social del sujeto migrante, jugando un rol clave en el reconocimiento -o en el no reconocimiento- del carácter de sujeto de derechos de las personas migrantes.

En este sentido, esa identidad discurriría entre dos tendencias: una, a partir del reconocimiento de elementos fácticos, reconoce al sujeto migrante como sujeto de derecho, y otra que atiende al carácter formal de la ley, institucionalizando un estatus legal precarizado. Además, este reconocimiento no sería ajeno a la discusión pública en torno a la migración y a aquellos momentos en que ha sido más polémico su abordaje mediático a partir de las decisiones del poder central.

Considerando que el objetivo de la presente tesis es identificar la producción del sujeto migrante desde la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, metodológicamente, la investigación se realizará mediante la recolección, sistematización, revisión y análisis de jurisprudencia.

Para esto, en el primer capítulo se pretenderá definir y sistematizar el concepto de sujeto migrante, el marco jurídico internacional y nacional en su tratamiento. En el segundo capítulo se detallará el sistema de recopilación, sistematización y breve explicación de las acciones judiciales analizadas, para luego pasar al análisis jurisprudencial, en el que se

---

<sup>4</sup>Thayer Correa, Luis Eduardo; Durán Migliardi, Carlos; Correa, Sara y Cortés, C. (2020). “Discursos sobre política migratoria en el campo político chileno”. Revista de Estudios Políticos, 190, 97-127.[doi: https://doi.org/10.18042/cepc/rep.190.04](https://doi.org/10.18042/cepc/rep.190.04).



identifican dos tendencias jurisprudenciales las que producen distintas identidades de sujetos migrantes, buscando identificar cuáles son los factores que permiten otorgar el estatus jurídico de sujeto de derechos. Por último, en el tercer capítulo, se identificarán las diversas etapas de la política migratoria chilena, en base a los trabajos realizados por el profesor Eduardo Thayer, para evaluar si existe un vínculo entre la preminencia de una u otra tendencia jurisprudencial identificada en el segundo capítulo, con los momentos en que las decisiones del ejecutivo de expulsión se hicieron efectivas. Finalmente, se expondrán las conclusiones referidas al rol de los tribunales superior de justicia y cómo se enfrentan al fenómeno de la migración mediante sus dispositivos.

## **Capítulo I. Marco conceptual**

El presente capítulo pretende entregar el marco conceptual a utilizar a lo largo de la investigación. Así, en primer lugar, se definirá lo que se entiende por sujeto de derechos, por sujeto migrante y para luego referirse a la cuestión acerca de la construcción social del sujeto migrante.

### **1. Concepto de sujeto migrante**

Para desarrollar esta tesis, cuyo tema central es identificar la producción de una identidad de sujeto migrante, es primordial referirse a qué se entiende por “migrante”, y por qué se utilizará una acepción determinada, a saber, sujeto migrante. En ese mismo sentido, la utilidad del concepto está estrechamente vinculado con aquello que se abordará en el segundo y tercer capítulo del presente trabajo de investigación, acerca del reconocimiento de derechos por parte de la jurisprudencia y cómo ésta ha reaccionado al discurso público en torno a la migración.

Para ello, en primer lugar, nos referiremos al concepto de “sujeto de derechos”, para, luego, preguntarnos si existe una definición única de migrante y si estos han sido entendidos como sujetos de derechos. Finalmente, nos referiremos a la cuestión acerca de cómo y qué significa la existencia de una construcción social y jurídica de sujeto migrante.

#### **1.1. Sujeto de derechos**

La cuestión del sujeto ha sido discutida y reflexionada desde hace mucho. Así, ya en la antigüedad fue abordado por Aristóteles; en la Edad Media por Tomás de Aquino; en la época moderna por René Descartes y contemporáneamente por la teoría de la representación de Hannah Arendt<sup>5</sup>, entre muchos otros. Para el propósito del proyecto de investigación, nos enfocaremos en cómo dichas conceptualizaciones han sido recogidas y expresadas en el lenguaje jurídico, particularmente en el Derecho Civil, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y desde el constitucionalismo social.

Así, en el ámbito del derecho civil, la cuestión del sujeto de derechos es fundamental, pues es a partir de la noción de sujeto desde donde se imputan derechos y obligaciones, y respecto de quienes se pueden establecer relaciones jurídicas. En dicho sentido y desde la teoría de la ley se ha distinguido entre derecho objetivo y derecho subjetivo. El primero hace referencia a la norma o el conjunto de normas que buscan regular

---

<sup>5</sup> Guzmán Brito, Alejandro. (2002). “Los orígenes de la noción de sujeto de derechos”. Revista de estudios histórico-jurídicos. (24), 151-247. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400007>.

la convivencia en sociedad, regulando las relaciones entre estos, siendo su finalidad el orden y la paz social. Mientras que el derecho subjetivo es el reconocimiento que hace el derecho objetivo a la voluntad de una persona para la satisfacción de su propio interés, siempre que este se encuentre jurídicamente protegido. Esta segunda acepción se explica, principalmente, desde la teoría de la voluntad elaborada por autores como Savigny y Windscheid; la teoría del interés de Ihering, o la teoría que combina las dos anteriores, como la de Bekker<sup>6</sup>. Sin embargo, las tres reconocen que el derecho subjetivo es aquel reconocimiento a los intereses jurídicamente protegidos, teniendo un rol preponderante la *voluntad* que permite que estos derechos subjetivos “se echen a andar”<sup>7</sup>, permitiendo que los sujetos puedan contraer obligaciones y ser titulares de derechos, es decir, realizar actos que nazcan al mundo del derecho, reconociendo en los titulares la posibilidad de decidir sobre sí mismos. Por su parte, el profesor Francisco Messineo ha señalado que la particularidad de estos derechos es que permiten otorgar a quienes los ejercen la posición de miembro de la comunidad política<sup>8</sup>.

Así, la cuestión acerca de los sujetos de derecho se ha abordado desde la teoría de la ley, y también desde el concepto de *persona*. Este último se distingue del concepto de sujeto de derecho por cuanto la persona sería una etapa anterior, definida por la posibilidad del individuo para alzarse como parte de una relación jurídica, pero una vez que ya se es parte de una relación jurídica, el término de sujeto de derecho. En esta línea, nuestro ordenamiento jurídico ha clasificado el término de persona en el artículo 54 del Código Civil, señalando que las personas son naturales o jurídicas. Para lo que nos interesa se abordará la primera, regulada en artículo 55 del Código Civil en los siguientes términos: *Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídense en chilenos y extranjeros*. Así, la ley civil reconoce como persona (y por lo tanto, su cualidad de ser sujeto de derechos), a todas las personas humanas por el solo hecho de nacer.

Por su parte, desde el Derecho Internacional Público se ha entendido tradicionalmente que existen dos sujetos de derechos: los Estados y las organizaciones internacionales, posición defendida por el positivismo clásico. Sin embargo, se ha señalado que “se ha producido, en definitiva, debido al propio acontecer social internacional, una

---

<sup>6</sup> Figueroa Yáñez, Gonzalo. (2010).” Curso de Derecho Civil. Tomo I”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. pág. 205.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Messineo, Francesco y Sentis, Santiago. (1979). Manuel de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ejea.

diversificación de los sujetos del Derecho Internacional”<sup>9</sup>. Desde la postura tradicional, han sido los Estados los sujetos plenos de Derecho Internacional, pues son quienes tienen capacidad para poder actuar en el Derecho Internacional. Sin embargo, como ya fue señalado y como ha sostenido el profesor Daniel Bernal Gómez, “junto a los Estados, sujetos soberanos de base territorial, y a las organizaciones territoriales integradas por Estados, sujetos “funcionales”, parecen haber adquirido carta de naturaleza en el plano de la subjetividad internacional otras entidades como la Santa Sede y la Ciudad del Vaticano, los pueblos, los beligerantes y los movimientos de liberación nacional y, aunque todavía controvertidamente, los individuos”<sup>10</sup>, surgiendo como necesidad para el Derecho Internacional repensar la cuestión de los sujetos de Derecho Internacional.

Así, ha existido un reconocimiento gradual a los individuos como sujetos de derechos Internacional, reconociéndoles una subjetividad activa que se ha entendido en dos dimensiones: una, desde el punto de vista de la legitimidad activa como “la posibilidad de reclamar por violación de una norma ante los organismos internacionales o ante los diferentes Estados” y, otra, desde la legitimidad pasiva como la posibilidad para responder ante ciertas obligaciones o por ciertos hechos que signifiquen el incumplimiento o violación de ciertos derechos. Este cambio de paradigma tuvo su “puntapié inicial” en dos hitos: la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la reparación de daños sufridos al servicio de la Organización de Naciones Unidas (ONU)<sup>11</sup>. El primero de ellos significó que se abriera la discusión respecto a la posibilidad de hacer responsable al individuo por crímenes que fueron cometidos con independencia de las fronteras y del rol dentro del Estado que ocupaban quienes los cometieron, señalando el Tribunal que: “Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced”<sup>12</sup>. Así, fue posible comprender al individuo como sujeto de derecho internacional, lo que permitió garantizar la protección a los derechos humanos haciendo responsable a quienes cometieron dichas violaciones. En cuanto a la opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia, ésta, si

---

<sup>9</sup> Bernal Gómez, Daniel. (2020). “Tendencias académicas sobre el derecho internacional público”.cap. 5. Pág. 77.

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Pérez-León, Juan Pablo. (2008). “El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo”. Anuario mexicano de derecho internacional, 8, 599-642. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es).

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, Revista Estadounidense de Derecho Internacional, vol. 41, núm. 1, 1947, p. 221.

bien no ha dado una definición de lo que entiende por sujeto de derechos, ha señalado que, al analizar la cuestión respecto a la protección diplomática de los nacionales, corresponde que sea la Organización (de las Naciones Unidas) quien interponga un reclamo en protección de ellos<sup>13</sup>, abordando así el tema de la subjetividad internacional, y, en ese contexto, incorporando en la subjetividad jurídica internacional del individuo la temática de la responsabilidad internacional individual, de manera paralela a la responsabilidad internacional del Estado<sup>14</sup>.

En esa misma línea, en el plano internacional se han reconocido expresamente casos particulares en el que se le permite el acceso directo a los individuos a los organismos internacionales, como por ejemplo la Convención Europea de los Derechos del Hombre, el Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), este último autorizando a los individuos, cuando consideren violados sus derechos humanos, a comunicar dicha violación ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, y así también lo ha hecho la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, la cual ha abordado la cuestión respecto al acceso de los individuos ante tribunales internacionales, reconociéndoles la calidad de sujeto de derechos en el sentido que se ha venido señalando. De esta manera, se permite que los individuos puedan accionar ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 28 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Igualmente importante ha sido el abordaje desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos declarado en la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se pronunciara respecto a la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular con relación a los niños y niñas como sujetos para actuar frente al Estado. En su voto concurrente, el Juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade, ha sido

---

<sup>13</sup> Naciones Unidas, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de justicia 1948-1991. [https://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st\\_leg\\_serf1.pdf](https://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf)

<sup>14</sup> Pérez-León, Juan Pablo. (2008). "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo". Anuario mexicano de derecho internacional, 8, 599-642. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es).

enfático en señalar que “son sujetos de derecho los niños, y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad, y no la discapacidad ella misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada sustraen a la personalidad jurídica. *El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente*”<sup>15</sup> (destacado nuestro).

Al respecto, el juez es enfático en señalar que hoy el ser humano ya es reconocido como sujeto de derecho en el plano internacional, entendiendo que, desde el punto de vista finalista, los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos<sup>16</sup>, señalando que, finalmente, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental y su objetivo principal, la protección y los intereses superiores del ser humano, independiente de su nacionalidad o de su estatuto político, o cualquier otra situación o circunstancia,<sup>17</sup> surgiendo así la necesidad clara de reconocer su personalidad para la comunidad internacional. En esa misma línea, René Cassin, uno de los principales inspiradores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, considera que “el derecho internacional no es solo el derecho de los Estados sino también el derecho de los hombres”<sup>18</sup>.

En conclusión, la cuestión del sujeto para el Derecho es fundamental, pues permite reconocer derechos e imputar deberes desde el derecho interno e internacional. Por otro lado, permite unificar una condición de humanidad en el sentido de que, en primer lugar, son los seres humanos quienes son sujetos de derechos y, en segundo lugar, lo son todos los seres humanos, sin distinción de edad, sexo, nacionalidad, raza, entre otros. Así, es fundamental para el objeto de este trabajo el esclarecer esta definición, toda vez que el objetivo principal será abordar si es que este reconocimiento instituido tanto en la normativa civil y constitucional interna de los países mediante el reconocimiento del principio de igualdad, como en el Derecho Internacional mediante el reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional, han sido reconocidas en la jurisprudencia nacional y bajo qué criterios.

---

<sup>15</sup> Voto concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade de la Opinión Consultiva N°17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Pág.2

<sup>16</sup> Op.cit. Pág. 5.

<sup>17</sup> Op. cit. Pág.6

<sup>18</sup> Paucar, Laura. (2015). “René Cassin y la Universalidad de los Derechos Humanos de 1948”. Puente democrático. Disponible en: <https://www.puentedemocratico.org/documentos/Documento53pd.pdf>

Por último, en nuestro trabajo se adoptará el concepto dado por el derecho internacional de derechos humanos de sujeto de derechos porque adopta una postura integral, incorporando en ella la posibilidad de ser titular de derechos por el solo hecho de ser humano, y no por la condición existencial en que una persona se encuentra temporalmente.

## 1.2. Sujeto migrante

Según la Real Academia Española, migrante es “alguien que se traslada de un lugar, área o país a otro, ya sea temporal o permanentemente”. Sin embargo, a nivel internacional se ha señalado que no existe una definición universalmente aceptada del término “migrante”<sup>19</sup>, aunque, como señala la OIM, “este término abarca usualmente todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por “razones de conveniencia personal” y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, este término se aplica a las personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales y las de sus respectivas familias”<sup>20</sup>.

Es importante destacar que el concepto de migrante si bien solía tener una connotación más neutral, siendo el término comúnmente usado en el lenguaje no jurídico hasta el día de hoy, la definición tradicional hace referencia a una decisión de migrar tomada libremente, para diferenciarla de aquellos casos en que dicha decisión no es voluntaria, sino fundada en la persecución o temor, en cuyo caso el término correcto será el de *refugiado*, como ha sido señalado por Alexander Betts, director del Centro de Estudios de Refugiados de la Universidad de Oxford<sup>21</sup>.

El concepto de migrante ha sido abordado por nuestra legislación al momento de regular el fenómeno migratorio, adoptando el término *extranjero*. Es necesario señalar porqué se ha tomado esa decisión, pues el uso de una u otra reflejan distintos acercamientos al sujeto en cuestión.

En ese sentido, pareciera que los términos migrantes y extranjeros se utilizan como sinónimos en la ley. Desde la sociología, George Simmel ha abordado esta cuestión en su

---

<sup>19</sup> OIM, Organización Internacional para las Migraciones, Glosario sobre migración, pág. 38. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf>.

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> Ruz, Camila. (2015). “Los términos que deben usarse y los que no para describir migrantes”. BBC News Mundo [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150828\\_migrantes\\_refugiados\\_lenguaje\\_men](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150828_migrantes_refugiados_lenguaje_men).

libro “El extranjero. Sociología del extraño”. Al referirse al extranjero, señala que “la unión de lo próximo y lo lejano, propia de toda relación humana, adquiere en el fenómeno del extranjero una configuración que puede resumirse de este modo: si la distancia dentro de la relación significa la lejanía de lo cercano, el extranjero significa la cercanía de lo lejano. El extranjero es un elemento del grupo, como también lo son los pobres y los distintos “enemigos interiores”. Es un elemento cuya posición supone al mismo tiempo exterioridad y confrontación”<sup>22</sup>. Es señalar a dicho sujeto como alguien a quien tenemos cerca, pero no lo suficiente como para considerarlo en la misma categoría “nuestra”.

Desde dicha concepción y uso terminológico señala en definitiva que los inmigrantes comienzan a integrarse a la nueva sociedad dando origen a una nueva configuración societal, y que este proceso se da desde un cierto sentido de extrañeza y *extranjeridad*<sup>23</sup>, entendida esta como el “no-yo”. Por tanto, y entendiendo que las sociedades son espacios en la que interactúan distintos actores sociales, se ha señalado que existe un proceso de diferenciación entre un externo y un nosotros<sup>24</sup>, que tiene por finalidad fortalecer la identidad nacional. En el caso de Chile, ha quedado graficada, por ejemplo, en las primeras reacciones vividas ante la pandemia por el Coronavirus: ante una amenaza externa de la que en principio no se conocía suficiente, se ubicaba en agentes externos, los extranjeros, la amenaza. Ante ese contacto con lo desconocido, la decisión asumida fue en muchos casos la expulsión de migrantes<sup>25</sup>.

De esta manera los grupos de ‘extraños’ se mantienen fuera de las relaciones significativas (ya sean de poder, de afectividad)<sup>26</sup>, se delinea una frontera simbólica que marca formas de interrelación, permitiéndose sólo la relación laboral, que es útil en términos económicos para el grupo dominante, pero al mismo tiempo y contradictoriamente, se restringen cualquier otro tipo de vínculos.

En esa misma línea, se ha señalado la opción por el concepto de “extranjero” también como una forma de reforzamiento de la identidad, como señalado previamente, la

---

<sup>22</sup> Simmel, George; Schütz, Alfred; Elias, Norbert y Cacciari, Massimo. (2012). “El extranjero”. Madrid: Sequitur. Pág. 21.

<sup>23</sup> Cerda, Claudia. (2014). “La sociabilidad como proceso constructor de relaciones sociales: La experiencia vivida por los inmigrantes ecuatorianos en la comuna de Concepción”. [Tesis de magíster en Investigación Social y Desarrollo]. Concepción, Universidad de Concepción. Pág.17.

<sup>24</sup> Op.cit. pág. 20.

<sup>25</sup> Agencia France Presse. 2020. “Repatrian a 385 bolivianos varados en Chile”. La Tercera, Mundo, 10 de mayo. Disponible en: <https://www.latercera.com/mundo/noticia/repatrian-a-385-bolivianos-varados-en-chile/2SZWPSEL25GNRCGFJQGFFJ662A/>

<sup>26</sup> Cerda, Claudia. (2014). “La sociabilidad como proceso constructor de relaciones sociales: La experiencia vivida por los inmigrantes ecuatorianos en la comuna de Concepción”. [Tesis de magíster en Investigación Social y Desarrollo]. Concepción, Universidad de Concepción. Pág.23.



que se construye en distintos mundos sociales. Cuando esta se corresponde con la noción de Estado-nación, entonces hablamos de una “identidad nacional”, un factor que según el sociólogo Jorge Larraín se ha convertido en la más relevante debido al flujo migratorio y a la globalización<sup>27</sup>.

Desde el punto de vista histórico-jurídico, se hace evidente que existe una decisión política en el concepto a utilizar, siendo el de extranjero el predominante en la legislación migratoria. Así, ya en el Decreto con Fuerza de Ley N°69 de 1953 se señalaba que el inmigrante es “el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente decreto con fuerza de ley” (Título II, artículo 5 DFL N°69), cuestión que se ha repetido en la legislación posterior.

Siguiendo esta línea, y según indica Carolina Stefoni, esto se debe a que, en primer lugar, la legislación actual se basa en principios de seguridad nacional, toda vez que el DL 1.094 fue formulado durante la dictadura militar, fundándose en criterios que impiden el ingreso de diversos extranjeros al territorio nacional, y además estableciéndose procedimientos altamente burocráticos para la obtención de residencia temporal y definitiva<sup>28</sup>. Esta legislación, si bien fue publicada durante la dictadura, esta se mantuvo luego en los gobiernos democráticos de la Concertación, encontrando un punto común: el tratamiento de *extranjero* como un individuo cuya sola presencia constituye una amenaza para el orden social<sup>29</sup>.

En esa misma línea, Stefoni señala que la semántica política detrás de esta ley no es baladí, reemplazando el uso de la categoría migrante por la de extranjero. Como explica en su texto “La ley migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, en las legislaciones anteriores (1854 y 1953) se identificaron dos tipos de migraciones, una deseable y dirigida motivada en facilitar la radicación, trabajo, desarrollo y adaptación de los inmigrantes que llegaran al país, y por otro lado, se establece un tipo de migración distinta, catalogada como ‘inadaptable’ y por ende, frecuentemente rechazada<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> González, Tania. (2018). “La identidad chilena no se perdió ni se perderá con los inmigrantes”. 28 de abril, de Diario UChile. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2018/09/18/sociologo-jorge-larrain-la-identidad-chilena-no-se-perdio-ni-se-perdiera-con-los-inmigrantes/>

<sup>28</sup>Feldman-Bianco, Bela; Rivera Sánchez, Liliana; Stefoni, Carolina; Villa Martínez, Marta Inés; compiladoras. (2011). “La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías”. Quito, Ecuador: Ediciones Universidad Alberto Hurtado. Pág. 80-81.

<sup>29</sup> Op.cit. Pág.82.

<sup>30</sup> Op.cit. Pág. 86.

Sin embargo, la autora señala que la ley de 1975 reemplazó la categoría de migrante por la de extranjero, eliminando con ello cualquier referencia al migrante deseado establecido en las legislaciones anteriores<sup>31</sup>. Con la vuelta a la democracia se han incorporado lentamente instrumentos que reconocen la migración como un Derecho Humano, pero estos han quedado relegados a circulares y programas que no han sido sistematizados de manera orgánica, coherente y consecuente con una perspectiva de derechos humanos, utilizándose de igual manera, en definitiva, el concepto del extranjero, manteniendo una comprensión de los sujetos migrantes como amenaza y problema<sup>32</sup>.

De esta manera, si bien concepto que se utiliza para referirse a quien se traslada de un lugar a otro en el marco de las fronteras internacionales aparece como aparentemente neutral, lo cierto es que la semántica política ha indicado que la utilización del concepto extranjero ha quedado relegada para una referencia negativa respecto de quien migra, fundándose en un tipo de migración no deseada, siendo el concepto adecuado desde un punto de vista del reconocimiento de Derechos Humanos la utilización de la palabra migrante, teniendo esta una connotación más neutral con las aprehensiones realizadas en el principio de este apartado.

### **1.3. Sujeto migrante como sujeto de derechos**

Para arribar a la cuestión del reconocimiento del sujeto migrante como sujeto de derechos cabe preguntarse sobre la fundamentación dogmática jurídica para señalar que, como se ha venido enunciando, los sujetos migrantes son reconocidos como sujetos de derecho, cuestión que ha sido abordada a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, ya analizado previamente y del constitucionalismo social.

El constitucionalismo social se enmarca en los constitucionalismos modernos, caracterizados por ser movimientos intelectuales y políticos jurídicos que reconocen a la constitución como la norma a la que debe sujetarse el Estado y el resto de las normas jurídicas, lo que, según el profesor Pablo Ruiz-Tagle, implica esencialmente un intento de establecer el imperio de la ley con el fin de limitar el poder político<sup>33</sup>. En específico, el constitucionalismo social reconoce a la constitución como la norma primaria, pero que en

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> *Op.cit.* Pág. 89.

<sup>33</sup> Ruiz-Tagle, Pablo y Cristi, Cristi. (2006). "La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano". Santiago, Chile: LOM. Pág. 29.

ella y con pretensiones universalistas deban incorporarse el reconocimiento de derechos sociales, haciendo estos extensibles a todos los seres humanos, dando paso al Estado de Bienestar y a la Democracia Social<sup>34</sup>.

Así, se ha planteado la cuestión sobre cuál es la categoría que permitiría el reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos en el marco del constitucionalismo social, y por lo tanto, el reconocimiento de garantías que permitan hacer exigible los derechos que le son parte en tanto su calidad de sujeto de derechos.

Así, mientras Marshall ha asociado dicha categoría a la *ciudadanía*, en la línea de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1798, esta ha sido una postura rebatida por el constitucionalismo moderno, ya que, según Ferrajoli, “casi todos los derechos fundamentales fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano sino como derechos de la persona”<sup>35</sup>. Agrega que “es precisamente en su connotación como derecho de la persona antes que del ciudadano donde reside la concepción moderna -individualista y no comunitaria- de la libertad”<sup>36</sup>. Ferrajoli y Habermas han abordado esta cuestión, siendo el punto de partida la proposición de un modelo constitucional que considere el principio de igualdad como fundamento para la definición de quienes deben ser considerados como sujetos. En este marco, Ferrajoli presenta cuatro modelos de tratamiento de las diferencias y, a partir de ellos, de configuración de la igualdad<sup>37</sup>. El primero es el de la *indiferencia jurídica a las diferencias*, en el que estas últimas son indiferentes para la construcción del Estado, rigiéndose finalmente por la ley del más fuerte. El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, modelo en el que se jerarquizan las diferentes identidades, existiendo ciertos estatus de discriminación, de exclusión, de sujeción y de persecución, como lo que ha pasado en las modernas legislaciones contra las inmigrantes, así, las diferencias son reconocidas como desigualdades<sup>38</sup>. El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*, en el que en virtud de un reconocimiento abstracto de la igualdad, las diferencias son desvaloradas y negadas, viéndose estas como algo negativo buscando anularlas, hay un reconocimiento jurídico de la igualdad, pero una desigualdad de hecho. Por último, el cuarto modelo es el de *la valoración jurídica de las*

---

<sup>34</sup> Cea, José Luis. (1992). “Revisión de la teoría constitucional”. Revista de Derecho, III N° 1-2, 79-96.

<sup>35</sup> Ferrajoli, Luigi. (2011). Principia iuris. Teoría del Derecho. Madrid: Trotta. Pág.709.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> *Op.cit.* Pág. 748.

<sup>38</sup> *Op.cit.* Pág. 749.

*diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad<sup>39</sup>.

Para la presente tesis, resulta fundamental este último modelo, en el sentido de que reconoce las diferencias, las valora y es, según Ferrajoli, el único compatible con la igualdad en los derechos fundamentales<sup>40</sup>. Así, se reconoce que a la luz de los derechos fundamentales, la igualdad debe reconocerse como un término normativo, que más que un reconocimiento a cuestiones de hecho, pues en los hechos somos diferentes (diferencia como término descriptivo); es una orientación a cómo debemos reconocernos.

La importancia de esta definición está dada por el vínculo entre quien se reconoce como “diferente”, por ejemplo, a un no nacional, y cómo aún en esa diferencia es obligatoria una orientación desde la igualdad para el fortalecimiento de la democracia. En ese sentido, Ferrajoli ha sido enfático en señalar que “en efecto, existe un nexo profundo entre democracia e igualdad y, a la inversa, entre desigualdad en los derechos y racismo. Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico”<sup>41</sup>. De este modo, se logra identificar los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia.

Del paradigma de Marshall, en el que se reconocen derechos en virtud de la categoría ciudadano, enmarcados dentro de un determinado estado, se ha pasado al paradigma de la ciudadanía universal, concepto que si bien no es nuevo y se remontaría a Kant<sup>42</sup>, abre un nuevo esquema en el reconocimiento de derechos y sobre todo para los sujetos migrantes, reconociendo que, bajo el principio de igualdad, son sujetos de derecho con independencia de los límites fronterizos, toda vez que esa es una definición político-territorial que no puede estar por sobre las definiciones más importantes en el reconocimiento de la dignidad humana.

---

<sup>39</sup> Op.cit. Pág. 750.

<sup>40</sup> Op.cit. Pág. 751.

<sup>41</sup> Ferrajoli, Luigi. (2001). “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. Madrid: Trotta. Pág. 44.

<sup>42</sup> Vera Leonardo Vicente; Zambrano, Jimmy Manuel y Deroy, Dania. (2019). “Ciudadanía Universal y Libre Movilidad Humana: una mirada desde el perfil temático de la producción científica internacional”. *Estudios del Desarrollo Social* [online]. vol.7, n.2. Disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2308-01322019000200002&lng=es&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2308-01322019000200002&lng=es&nrm=iso).

## 2. Construcción social del sujeto migrante

A continuación intentaremos responder a dos cuestiones: qué se entiende por construcción social y quiénes participan de dicha construcción, para determinar si es posible señalar que la jurisprudencia participe de ella, cuestión que se abordará en el segundo capítulo.

Para responder estas interrogantes, que escapan a las respuestas que se puedan dar desde la disciplina del derecho, se utilizará principalmente el estudio de los sociólogos Peter L. Berger y Thomas Luckmann en su libro “La construcción social de la realidad” y el aporte plasmado en la obra “La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías”, de autoría de un grupo interdisciplinario de investigadores que conforman el Grupo de Trabajo Migración, cultura y políticas, de CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales).

En primer lugar, qué se entiende por construcción social, parte de la base que los individuos se desarrollan según la forma en la que se relacionan en ambientes y épocas determinadas, con personas determinadas. Así, Berger y Luckmann han señalado que “el proceso por el cual se llega a ser hombre se produce en una interrelación con un ambiente (...) el ser humano en proceso de desarrollo se interrelaciona no solo con un ambiente natural determinado, sino también con un orden cultural y social específico mediatizado para él por los otros significantes a cuyo cargo se halla. (...) [S]i bien es posible afirmar que el hombre posee una naturaleza, es más significativo decir que el hombre construye su propia naturaleza o, más sencillamente, que el hombre se produce a sí mismo”<sup>43</sup>.

De esta manera, el construccionismo social es una teoría sociológica del conocimiento que considera que el vínculo entre el ser humano y su ambiente natural y social da origen a la realidad social. En este sentido, el grupo de CLACSO ha señalado que la construcción social de los sujetos sociales es, desde luego, contingente<sup>44</sup> y que se trataría de un proceso que, “en específico respecto de la construcción social del sujeto migrante, se trata de reconocer que los migrantes son sujetos sociales que actúan en circunstancias históricas y coyunturas específicas, que su existencia es sociohistórica, y luego no se trata de esencializar al sujeto, pero tampoco de sustancializar las categorías sociales que se

---

<sup>43</sup> Berger, Peter L. Luckmann, Thomas. (1968). “La construcción social de la realidad”. Buenos Aires: Amorrortu. Pág. 68-69.

<sup>44</sup> Feldman-Bianco, Bela; Rivera Sánchez, Liliana; Stefoni, Carolina; Villa Martínez, Marta Inés; compiladoras. (2011). “La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías”. Quito, Ecuador: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, pág. 16.

construyen para dar cuenta de su localización en el mundo y de su actuar en los contextos sociales contemporáneos<sup>45</sup>.

De esta manera, los sujetos sociales, y migrantes en este caso, emergen producto de distintas representaciones, acciones, procesos sociales y políticas de enunciación en contextos de producción culturales y políticos específicos<sup>46</sup>.

Para lo que ahora nos convoca, la cuestión es saber si la jurisprudencia participa como actor, interactuando dentro de este sistema de discursos, lenguajes, representaciones o categorías que llamamos realidad y que van formando miembros dentro de la sociedad, en este caso sujetos migrantes. Y la respuesta sería que sí, toda vez que los jueces mediante sus sentencias participan también dentro de dicho sistema, teniendo repercusiones directas respecto de quienes resuelven un problema jurídico, pero también en el discurso ya no para el caso particular, sino aquel que se hace transversal a la suma de fallos<sup>47</sup>. Así, el derecho ha sido definido cómo un “sistema de normas, un sistema de comportamientos y un sistema discursivo”<sup>48</sup>. En esa misma línea, el libro elaborado por el grupo CLACSO, en su primera parte, “la perspectiva de los actores institucionales”, considera la jurisprudencia un actor institucional, partícipe del estado democrático.

Así, García Martignon, a propósito de uno de los trabajos de Carolina Stefoni, señala que esta aborda también la categorización del sujeto migrante desde la posición del Estado chileno, como una construcción institucionalizada en la selectividad de lo deseable y lo indeseable a partir de criterios raciales y de desarrollo, que se radicalizó al equiparar al indeseable con el extranjero<sup>49</sup>. Cuestión similar, guardando las debidas proporciones, de lo que se intentará realizar en esta memoria, también abordando la categorización desde el Estado chileno a través de sus jueces.

Estas aproximaciones, si bien no pretenden ser exhaustivas en la definición de lo que es la construcción social, dejan en clara dos cosas: primera, la construcción social de la realidad es producto de una interrelación del humano con su entorno, tanto natural como cultural y social; y, segunda, la participación de los actores en dicha realidad son todos

---

<sup>45</sup> Op. cit., pág. 17.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> Esta cuestión será analizada en profundidad en el segundo capítulo del presente proyecto de investigación.

<sup>48</sup> Núñez Varón, Jaidivi, & Córdoba Ordóñez, Mario. (2006). “La justicia como construcción social: requisito para pensar la paz.” *Diversitas*, 2(1), 124-137. Disponible en: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-99982006000100009&lng=pt&tlng=es](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-99982006000100009&lng=pt&tlng=es).

<sup>49</sup> García Martignon, Cynthia Viridiana. (2012). “La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías”. *Migraciones internacionales*, 6(4), 295-299. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-89062012000400012&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062012000400012&lng=es&tlng=es).

quienes mediante discursos y prácticas contribuyen en dicha interrelación, siendo la jurisprudencia participante de este fenómeno social.

## **Capítulo II. Análisis jurisprudencial**

El presente capítulo tiene por objetivo presentar y analizar la selección de sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones en materias vinculadas a sujetos migrantes, abordando la cuestión acerca del reconocimiento de la calidad de sujeto de derechos de sujetos, reconociéndose dos tendencias que, a su vez, serán expuestas y clasificadas por los diversos tipos de fundamentos y argumentos presentes en cada una de ellas. Para ello, se analizan acciones de amparo y de protección, las que serán brevemente explicadas en la primera parte del capítulo, para luego proceder a la exposición de la metodología y criterios de selección de casos para, finalmente, dar paso al análisis jurisprudencial propiamente tal.

### **1. Acciones analizadas**

#### **1.1. Acción de amparo**

La acción de amparo es una acción de carácter constitucional dirigida a resguardar la libertad personal y seguridad individual, garantía consagrada en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República.

Así, por parte de la doctrina se ha definido a esta "como la acción que la Constitución Política de la República establece para tutelar la libertad personal frente a todo acto ilegal o arbitrario que represente una amenaza, perturbación o privación para el legítimo ejercicio de la misma"<sup>50</sup>

Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que "tiende no tan solo a garantizar la libertad de los ciudadanos para permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro o salir del territorio a condición de guardar los reglamentos de policía, sino también a sancionar a los que abusando de su autoridad o arrogándose facultades que no tienen, priven a las personas de uno de los más importantes derechos dentro de un país regularmente constituido"<sup>51</sup>.

En cuanto a los elementos procedimentales, se caracteriza por ser una acción informal, pues se trata de una acción cautelar cuya finalidad es dar una protección rápida a quien está siendo vulnerado en sus derechos, restableciendo el imperio del derecho. De

---

<sup>50</sup> Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto. (1997). "Derecho Constitucional, tomo I". Editorial Jurídica de Chile, 2a edición, Santiago. Pág. 325.

<sup>51</sup>. Ríos, Rodrigo. (2018). "La Acción de Amparo". Thompson Reuters, Santiago. Pág. 10.



esta manera, su titular es el afectado o cualquier persona que pueda interponerlo en su nombre, lo que debe hacerse ante la Corte de Apelaciones competente de acuerdo al lugar donde se esté vulnerando el derecho.

Para la interposición del recurso no hay un plazo establecido, y puede ser interpuesto mientras permanezcan las vulneraciones, amenazas o perturbaciones de la libertad personal o seguridad individual.

Por último, la resolución que lo resuelve es apelable, conociendo en segunda instancia la Corte Suprema, razón por la que en este proyecto de investigación también han sido analizadas sentencias dictadas por dicho tribunal.

## **1.2. Acción de protección**

Para Mosquera y Maturana, es “la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarles que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes<sup>52</sup>.”

Así, se trata de una acción constitucional que protege a toda persona que haya sido afectada en el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales señalados en el artículo 20 de la Constitución, norma en la que se regula su alcance, asegurando la protección de ciertos derechos del artículo 19 de la carta fundamental.

Al igual que la acción de amparo se trata de una acción de carácter cautelar, que busca garantizar el restablecimiento del imperio del derecho a través de un procedimiento desformalizado y eficaz en cuanto a su temporalidad.

En lo referente a los aspectos procedimentales, el titular de la acción es cualquier persona jurídica o natural, quien deberá entablarlo ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro de un plazo de 30 días corridos desde la ejecución u omisión del acto que ha significado una vulneración, perturbación o amenaza a alguno de los derechos establecidos

---

<sup>52</sup> Mosquera, Mario y Maturana, Cristian. “Los Recursos Procesales”. Santiago, Editorial Jurídica., reimpresión 2ª edición. pág. 411.

en el artículo 20, conforme ha sido regulado en el Auto acordado N° 94-2015 de la Corte Suprema.

De esta manera, ambas acciones tratan acerca del resguardo de derechos fundamentales consagrados en la constitución, lo que es del todo relevante para la presente investigación pues significará analizar el razonamiento y abordaje que dan los tribunales de justicia a dichos derechos respecto de sujetos migrantes, analizando si es que se los reconoce en tal calidad o no, y en virtud de cuáles consideraciones.

## **2. Metodología y criterio de selección de casos**

Como se ha señalado, el análisis de jurisprudencia es el contenido principal de este proyecto de investigación, en el que se buscará indagar respecto de la existencia o no y en qué medida, de una contribución por parte de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en la construcción de un determinado concepto de migrante y del reconocimiento de su estatus como sujeto de derechos.

De esta manera, dentro del proyecto ANID PIA SOC 180008 fueron seleccionadas 634 sentencias de las distintas Cortes de Apelaciones del país y de la Corte Suprema, dictadas entre 2010 y 2020, extraídas desde la plataforma de búsqueda de jurisprudencia Vlex. Dichas sentencias resuelven principalmente acciones de amparo (cerca del 80% de ellas) y en menor cantidad, acciones de protección (cerca de un 20%). Se excluyeron de manera deliberada sentencias vinculadas a recursos de reclamación u otros en los que intervinieran sujetos migrantes, para mantener el criterio de acciones destinadas exclusivamente al reconocimiento y resguardo de derechos fundamentales.

De este universo de sentencias analizadas, cerca del 60% se tratan de acciones de amparo que buscan dejar sin efecto órdenes de expulsión dictadas por la autoridad administrativa, mientras las otras, se refieren al reconocimiento del estatus legal del migrante y de su condición (visas, impedimentos de ingreso, retención de documentos), con una menor cantidad de acciones de protección por el resguardo de algún otro derecho de los cautelados por esta acción. En esta misma línea, la mayoría de las acciones intentadas han sido rechazadas, cerca de un 66%, mientras que sólo un 34% de ellas han sido acogidas.

Todas estas sentencias fueron registradas mediante fichas de jurisprudencia, para posteriormente proceder a la selección de 57 de ellas, siendo el criterio de selección lo

distintivo de los fallos en cuanto al razonamiento que presentan y que reflejan una u otra tendencia jurisprudencial, de manera que muchas de las que se han omitido dentro de esta selección corresponden a una tendencia formalista legalista, puesto que los argumentos y consideraciones vertidos en las sentencias son similares y en algunos casos, idénticos.

### **3. Resultados de la investigación: lineamientos encontrados**

#### **3.1. Consideraciones acerca del sujeto**

En las fichas realizadas de todas las sentencias analizadas se ha propuesto identificar las consideraciones acerca del sujeto migrante, esto es, a cómo se refieren los tribunales al sujeto. Así, ha sido posible reconocer que en la mayoría de los casos se refieren a los sujetos por la calidad en la que intervienen dentro del proceso, esto es, como recurrente o como amparado/a para aquellos casos de acciones de amparo, haciendo un uso más bien “neutro” de la referencia.

También se reconoce que el concepto utilizado ampliamente es el de *extranjero*, haciéndose del concepto utilizado en el DL 1904 sobre todo en aquellas partes en la que hace referencia al marco normativo aplicable para su resolución.

En menor medida, se consigna a partir de la individualización de quien recurre, su nacionalidad, pero en general sólo para efectos de individualización, y en general por la reproducción de lo señalado por los actores en su petición.

Así, son casi inexistentes los casos en que se refieren al sujeto a partir de su condición de migrante, y sólo se ha hecho uso de este concepto cuando se han aplicado estatutos de Derecho Internacional que utilizan esta palabra, como por ejemplo en el caso de la acción de protección seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol 3766-2011 que hace uso de instrumentos como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y miembros de su familia.

Al respecto, es importante señalar el pronunciamiento del voto disidente en la causa seguida ante el Tribunal Constitucional bajo el Rol 4757-2018, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 776, evaluando si vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley al establecer una discriminación arbitraria respecto de un migrante. En su considerando 62, indica:

“Lo anterior, implica que la categoría cultural de “migrante” es una especificación no jurídica de la categoría de extranjero o no nacional. En el dominio del habla el “migrante”, es “el que migra” propio de la “migración”, esto es, “el desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales” (RAE (2014), Diccionario de la lengua española, Tomo II, p. 1463). Con ello, se apela a una dimensión cultural del concepto que hace distinciones no normativas entre extranjeros. No hablamos de migrantes para identificar a un conjunto de profesionales europeos ni estadounidenses. Ellos no migran. Ellos son extranjeros no importando el estatus jurídico de su presencia en Chile. Por el contrario, en el habla común, la expresión migrante denomina a aquellos que “huyen de condiciones de vida denigrantes (...) Son los no cualificados. (...) Los desplazados por conflictos o disturbios graves de carácter político o religioso (...) aquellos que consideramos se encuentran en una situación irregular”. A veces, se adjetiva la condición de migrante con la expresión “ilegales” o “irregulares”. Al punto que el adjetivo totaliza toda la categoría para resumir en la expresión “ilegales” o “irregulares”.

Así, ya sea por un ánimo de un uso neutro del lenguaje, ya sea por hacer uso del concepto utilizado en la ley, el que tiene consideraciones históricas analizadas en el primer capítulo de esta investigación, o por razones más sociológicas como las indicadas por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que se ha omitido la referencia a los sujetos como migrantes, haciendo uso preferente de otros conceptos: recurrente/amparado, extranjero, y en menor medida, a su nacionalidad.

### **3.2. Tendencia formalista o legalista**

Se ha llamado tendencia formalista o legalista a aquella corriente jurisprudencial correspondiente al grupo de sentencias con un razonamiento similar en virtud del cual frente a una acción de amparo o de protección opta por su rechazo, en atención a la existencia de un fundamento normativo para la actuación del órgano administrativo que generalmente consiste en la aplicación de una sanción, mayoritariamente órdenes de expulsión o, en otros casos, en la existencia de normativa legal para adoptar medidas respecto de las cuales se alega su arbitrariedad o ilegalidad fundada en cierta discriminación. De esta manera, es razón suficiente para excluir cualquier tipo de vulneración, la mera existencia de una norma, legal o infralegal, sin la necesidad de considerar otros antecedentes que son presentados por quien recurre.

Así, los argumentos para rechazar se limitan a comprobar a través de un examen formal de requisitos legales y administrativos, en general, sin profundizar ni ponderar en

los antecedentes de hecho presentados, y sin tampoco realizar un análisis a partir de los derechos fundamentales de las personas migrantes.

Existe evidente comunicación entre diversos grupos de argumentos que componen esta tesis, incluso grados en que se confunden los criterios, pero se ha buscado para efectos del presente trabajo, agrupar las argumentaciones de acuerdo al criterio preeminente que sostiene la sentencia para efectos explicativos, aunque en muchos casos son sostenidos varios a la vez en la misma. Así, se reconocen los siguientes argumentos fundantes de la tendencia formalista:

#### **A. Discrecionalidad administrativa**

La discrecionalidad administrativa<sup>53</sup> es un argumento recurrente para el rechazo de las acciones intentadas por migrantes, en atención al margen de libertad que se le reconoce a la administración para actuar, la que en virtud de las potestades entregadas por el Decreto Ley N°1904 se ha entendido como una discreción en sentido fuerte. Así, se ha señalado por parte de la doctrina que si bien los actos administrativos son siempre reglados, también siempre hay un grado de discrecionalidad concedido por la ley y en que cabe a la administración apreciar las consecuencias, la decisión de actuar o no y de la oportunidad y conveniencia de dicha actuación<sup>54</sup>, lo que hace posible también que sea el Poder Judicial quien a través de acciones de protección o de amparo evalúe que se actúe dentro de ese rango o, en caso contrario, que la actuación termina siendo ilegal o arbitraria.

En ese sentido, es muy gráfico el voto disidente del Ministro Manuel Antonio Valderrama de la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 1341-2011 al exponer el conflicto que sustenta esta investigación desde la perspectiva de la tendencia formal, señalando que:

“este Ministro disidente no vislumbra en el acto impugnado ningún tipo de arbitrariedad entendiéndose que la hay cuando el acto carece de sustentación lógica y se presente como un mero fruto del capricho o la sinrazón; y en este caso, en la decisión que se pretende impugnar, ésta se enmarca dentro de los parámetros propios de la discrecionalidad

---

<sup>53</sup> Esta ha sido definida por Martín Hernández como la “autorización que se confiera a la administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo, intentando elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público o el bien común, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante. Entonces, el poder discrecional consiste en una libertad de apreciación de la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.” “Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa”, en Revista de Derecho Público (vol. 77), pp. 67-78.

<sup>54</sup> Cea, José Luis. (1984) Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa, Revista Chilena de Derecho, vol. 11, 1984 págs. 12 y 14.

administrativa, que para estos efectos dice relación con la conveniencia que reporte al país la concesión de estos permisos” (El subrayado es nuestro).

Así, la discrecionalidad se materializa a través de conceptos de carácter casuístico como lo son la “utilidad pública y conveniencia para el país” previstos en los artículos 66 y 64 del Decreto Ley N°1904, que le corresponde evaluar a la administración debido a la indefinición administrativa, dentro de la discrecionalidad que le cabe en la toma de decisiones dentro de las esferas de sus atribuciones, como en este caso, respecto a la concesión de una visa sujeta a contrato laboral de un sujeto migrante. Esta misma argumentación es utilizada en otros fallos (CS 4420-2011, 23-2014 CA Antofagasta, 161-2019 CA Antofagasta) en los que se insiste que el fundamento de las decisiones de la administración se funda en la norma, y que eso sería suficiente para rechazar las acciones que se presentan en casos de denegación de visas. En esa misma línea, el ministro Mera en voto de minoría en la causa Rol 19-2013 seguida ante la Corte de Apelaciones ha señalado que ante una expulsión fundada en las mismas razones de conveniencia y utilidad pública, que:

“el artículo 13 inciso primero de la Ley de Extranjería establece que es facultad discrecional del Ministerio del Interior otorgar las respectivas autorizaciones, “atendiéndose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte para el país su concesión”, norma que se repite en el artículo 13 del Reglamento de Extranjería y que se explicita también en el artículo 138 inciso final de ese cuerpo reglamentario, al disponerse que pueden rechazarse las solicitudes de residencia temporal “por razones de conveniencia o utilidad nacional”. Por su parte, el artículo 67 inciso final de la Ley respectiva dispone que “Al vencimiento de los plazos a que se refieren los incisos precedentes, si el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictara el correspondiente decreto fundado de expulsión”; en tanto que su artículo 84 ordena que “la medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior”.

En cuanto al fundamento de esta discrecionalidad, la Corte Suprema ha precisado que “lo que subyace en esa cláusula abierta es “la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad, por cuanto respaldan el interés, en general, de la Nación” como ha señalado en acción de amparo, Rol 7018-2012<sup>55</sup>, respaldando la

---

<sup>55</sup> El Tribunal Constitucional, en causa Rol N°2273-2012, ha alterado el entendimiento de esta potestad discrecional, señalando que: “Que la ‘utilidad’ y la ‘conveniencia’ estatal en la disposición de visados sean los factores determinantes para decidir otorgar o rechazar un visado o una residencia, constituye un punto de partida cuestionable. A lo menos hay que plantearse si la aludida conveniencia o utilidad es del Estado, de la sociedad o del extranjero solicitante del visado. En primer lugar, la tesis que manifiesta una utilidad puramente estatal debe sortear una dificultad normativa dispuesta en la propia Constitución. El propio artículo 1°, inciso

actuación de la administración justamente en los principios que inspiraron la legislación del DL 1904.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido consistente en esta postura, ya que luego del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el que interpreta de manera distinta los conceptos de utilidad pública y conveniencia, resignificándolos y poniéndole límites en los fines del Estado, este cambio jurisprudencial constitucional ha sido recogido por parte de la jurisprudencia, como lo hizo la Corte de Apelaciones de Iquique en causa Rol 56-2015 señalando que:

“En relación a la potestad discrecional, la Excma. Corte Suprema, en los autos Rol 11521-2014 y 1059-2015, ha señalado que es una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir de una manera u otra, sin que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenida en una norma jurídica. No obstante ello, la discrecionalidad jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona. Pues, por aplicación del artículo 6 de la Constitución Política de la Republica, la autoridad aun en el ejercicio de su competencia – está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que evidentemente se incluye el derecho a la libertad personal y la seguridad individual del artículo 19 N° 7” (*sic*).

De esta manera, la jurisprudencia ha sido más bien pendular en torno a la discrecionalidad administrativa, reconociendo en un extremo de ella el respaldo a la actuación de la administración fundándose en la ley, y, en el otro, reconociendo claros límites. En general, se reconoce que ha sido una posición que se ha sostenido a lo largo de los años, existiendo pronunciamientos en este sentido desde 2010 a 2020, a pesar de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto en los años 2013 y 2018. Por tanto, sigue vigente en la jurisprudencia este núcleo argumental en virtud del cual basta que los fundamentos contenidos en las resoluciones o actuaciones recurridas se ajusten a la normativa legal y reglamentaria vigente, amparando el ejercicio discrecional de las potestades que la ley le otorga a la autoridad administrativa, sin que ello sea ponderado con una óptica de los derechos fundamentales desde las perspectivas de los derechos de los sujetos migrantes, del Derecho Internacional o desde la norma constitucional. La

---

cuarto, de la Constitución, cuando dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, nos indica que la ecuación de la “conveniencia” y la “utilidad” que hay que tomar en cuenta es la del individuo y que las finalidades del Estado se enmarcan en el desarrollo de la persona humana. Por tanto, salvo en el caso de la reciprocidad en donde se manifiestan fuertes correlaciones interestatales, en los demás el Estado ejerce estas facultades de manera vicaria como un modo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto de la sociedad a la que sirve como de los individuos que la integran”.

limitación de esta tendencia, como veremos más adelante, a propósito de cierta jurisprudencia que si bien ha reconocido la discrecionalidad, ha entendido que ésta en ningún caso puede significar arbitrariedad.

## **B. Ajuste a la ley y presunción de legalidad**

La cuestión sobre el ajuste a la ley se ha dado principalmente respecto a la revisión de las órdenes de expulsión, las que, como se señaló también en el apartado anterior, otorgan dicha facultad a la administración en virtud del Decreto Ley N° 1904 y en el Decreto Supremo N° 597. Así, este argumento ha sido latamente utilizado por la tendencia formalista para la denegación de acciones de amparo sosteniendo mayoritariamente que la actuación de la administración se ajusta a la ley haciendo una remisión a los cuerpos legales señalados.

Dentro de esta tendencia jurisprudencial, una buena parte de fallos simplemente hace remisión a la actuación fundada en la normativa legal vigente, sin análisis de ninguna otra circunstancia, como se manifiesta en el fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán en causa Rol 123-2018:

“8°Que entonces, **la recurrida actuó fundada en una norma legal vigente, lo que descarta cualquier ilegalidad y arbitrariedad.** Y la circunstancia de acompañar en esta sede nuevos contratos que estarían vigentes y certificados de A.F.P. no permiten desvirtuar la causal del rechazo, desde que esta no es la instancia para ponderarlos y además porque en cualquier caso, su eventual existencia no elimina la hipótesis de rechazo prevista en la ley” (El destacado es nuestro).

Así, bastaría para descartar cualquier ilegalidad o arbitrariedad el simple hecho de que la actuación de la administración se funde en una norma legal, lo que además ha significado que la Corte no haga un análisis pormenorizado de las circunstancias que se le presentan pues el examen es mecánico: basta con que la ley otorgue una facultad y que sea posible reconducir su actuación a esta. En ese sentido, parte de la jurisprudencia ha señalado que esto se funda en la presunción de legalidad que detentan los actos administrativos, como ha sido señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo en causa Rol 289-2019, quien ha tenido que pronunciarse respecto a la arbitrariedad e ilegalidad de la dictación de un decreto de expulsión, pero también del procedimiento que se empleó para llevarlo a cabo, pronunciándose en el siguiente sentido:



“4°. Que, partirá señalando esta magistratura que, en la forma, el acto administrativo que se reprocha a la recurrida **se ha enmarcado dentro de la esfera de prerrogativas y facultades que se integran al ámbito de las competencias constitucionales, legales y reglamentarias que el ordenamiento jurídico les ha entregado**, para el ejercicio de sus funciones, al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, sin perjuicio que, **además, se encuentra amparado por la presunción de legalidad con que estos actos se encuentran revestidos**, por aplicación del artículo 3° de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado”.

Agrega la sentencia en cuanto al fondo:

“Aparece que el acto administrativo se encuentra debidamente motivado pues se fundó en los antecedentes penales del amparado conforme lo permite el ordenamiento jurídico que regula la situación migratoria de los extranjeros en Chile, indicándose que en su país de origen éste había sido condenado por un delito de hurto calificado considerado por la autoridad como delito grave, al vulnerar bienes jurídicos del patrimonio, seguridad pública, seguridad individual y paz social, que atenta contra el bien común y el orden social. (...) Así las cosas, entonces, en cuanto a los motivos o fundamentos del acto no se cuenta con ningún antecedente para concluir que el acto administrativo que decretó la expulsión del país del amparado pueda ser calificado por esta Corte de ilegal o arbitrario.”

Así, esta tendencia jurisprudencial se ha expresado con recurrencia en aquellos casos donde los hechos que se reclaman son órdenes de expulsión fundadas en condenas por haber cometido algún delito, de conformidad al artículo 15 del Decreto Ley N°1094, el cual indica prohibiciones de ingreso al país, en relación con el artículo 63 del mismo cuerpo legal, el que señala rechazos de solicitudes de prórrogas de turismo, visas, prórrogas de visas y permanencia definitiva. En muchos casos no importa el tiempo transcurrido entre la condena y la ejecución de la orden, o las condiciones personales del sujeto migrante. En este sentido, el razonamiento se ha sostenido en los siguientes términos:

“SÉPTIMO: Que en cuanto al fondo de la acción deducida el recurrente registra en su país de origen, Colombia, una condena por el delito de hurto agravado y calificado, porte ilegal de armas, decretado por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Cartago-Valle del Cauca a la pena de 06 años y 6 meses de prisión, según sentencia de 17 de noviembre de 2010, sin que haya presentado antecedentes en contrario. **De esta manera la autoridad ha fundado su rechazo en las causales establecidas en los artículos 15 y 63 de la Ley N°1.094 de 1975**, actuando dentro de la esfera de sus competencias. Conforme a lo anterior no se vislumbra, ilegalidad ni arbitrariedad alguna en la dictación de la resolución que se impugna, en cuanto la misma

fue pronunciada por autoridad competente, en un caso previsto por la ley y con el mérito de los antecedentes recopilados por la administración”<sup>56</sup>. (El destacado es nuestro).

En cuanto al fundamento, extremo a nuestro juicio, para prescindir de una consideración acerca del tiempo transcurrido entre la dictación de la orden y su ejecución, incluso cuando se reconoce una tardanza injustificada imputable al Departamento de Extranjería y Migración, se ha señalado:

“Cuarto: Que la constatación expuesta, resulta suficiente antecedente para el rechazo de la acción, por no existir el acto cuya expedición se reclama, ni consecucionalmente una vulneración de la garantía constitucional a la libertad ambulatoria del actor, con ocasión de una presunta negativa a su petición. **Sin perjuicio de lo anterior y habida consideración que el Departamento recurrido no ha aportado justificación válida en relación con la tardanza observada en la petición del actor, se dispondrá que dicha repartición se pronuncie respecto de la petición ingresada con fecha 05 de noviembre de 2019 por el amparado como se dirá**”<sup>57</sup> (El destacado es nuestro).

Por otra parte, y como señalamos en el argumento anterior, si bien durante el período analizado existen sentencias que han indicado que la potestad administrativa es discrecional y por ello no puede ser arbitraria, en dicho control de fundamentación y razonabilidad, sigue primando un análisis meramente formal, como en el fallo en acción de amparo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa Rol 161-2019:

“SÉPTIMO: Que, a la luz de los fundamentos expuestos, la decisión de la autoridad migratoria se basa en antecedentes de hecho que justifican su proceder, actuando con sujeción a las normas en la materia, desestimándose que la decisión carezca de razonabilidad, pues la comisión de un delito constituye aquellas situaciones contempladas por nuestro legislador en el artículo 15 N°2 de Ley de Extranjería (...), **constituyendo una facultad de la autoridad migratoria el conceder o rechazar la visación temporaria en caso de no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sectorial**, resultando en definitiva ajustada a derecho su rechazo y, consecucionalmente la orden de abandono que se mantiene vigente respecto del amparado” (El destacado es nuestro).

Por otra parte, existen fallos que presentan un mayor desarrollo de la normativa de extranjería, como el caso de acción de amparo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt Rol 123-2019. Específicamente, se han referido respecto al concepto de habitualidad

---

<sup>56</sup> SCA Antofagasta Rol 11-2019.

<sup>57</sup> SCA Santiago Rol 339-2020.

exigido en el artículo 15 N°2 de la Ley de extranjería, el que se sostiene es parte de la discrecionalidad administrativa a partir de la habilitación que permite la ley:

“Sexto: Que la causal prevista por el 15 N° 2 de la Ley de Extranjería, en los términos que le fue aplicada al actor, no exige una reiteración o habitualidad en la conducta, puesto que el amparado fue condenado por un delito que no está dentro de aquellos contenidos en la primera parte de la norma. (...)

Noveno: Que los fundamentos contenidos en la resolución recurrida se ajustan a la preceptiva legal y reglamentaria vigentes y al mérito del procedimiento incoado, acto administrativo, que por ende ha sido pronunciada por la autoridad competente y dentro del ámbito de sus atribuciones, de manera que la acción constitucional no puede prosperar, toda vez que **la resolución impugnada se ajusta a derecho en el cumplimiento de las formalidades**, teniendo además especialmente en consideración que en la especie no se ha dictado el decreto de expulsión del país establecido en la Ley de Extranjería”<sup>58</sup>.

De esta manera, es un argumento recurrente de las Cortes el que la existencia de una norma que habilite la actuación de la administración es justificación suficiente para rechazar las acciones que presentan, sin incorporar consideraciones de otro tipo, como lo son las circunstancias personales o la condición de sujeto y por lo tanto de titular de derechos.

### **C. Autoridad competente dentro del ejercicio de sus funciones**

A lo largo de la revisión de sentencias tanto de la Corte Suprema como de la Corte de Apelaciones aparece recurrentemente este argumento, expresado de forma idéntica en cada una de ellas. Si bien se vincula fuertemente con el señalado en los apartados anteriores, pues la autoridad competente y sus funciones están reguladas en la ley y estas operan conforme al margen que les otorga la discrecionalidad administrativa, se ha optado por analizar de forma separada pues se vislumbra que en muchos casos se utiliza como argumento único y suficiente.

Así, se reconoce que la argumentación ha discurrido como lo ha planteado la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 992-2018, en el siguiente sentido:

“En cuanto a la legalidad de la resolución impugnada esta fue dictada por **autoridad competente, dentro de sus facultades legales**, con estricto apego a la Constitución y las Leyes, no existiendo, por tanto, acto ilegal o arbitrario, que prive, perturbe o amenace el derecho a la libertad personal o seguridad individual del amparado”.

---

<sup>58</sup> En este mismo sentido, SCA Santiago Rol 1290-2020 y SCA Antofagasta Rol 36-2020.

En este caso queda de manifiesto la posibilidad que tiene una Corte de poder incluir consideraciones de otro tipo, como por ejemplo, el tiempo entre la dictación de la orden de expulsión y su ejecución, ya que le ha tocado resolver la ilegalidad o arbitrariedad de una orden que fue dictada el 2005, siendo impetrado el recurso 13 años después. Además, el sujeto migrante cuenta con permanencia definitiva y mantiene lazos familiares, estando su núcleo familiar en el país. Aun así, la Corte ha señalado que, al estar dictada por autoridad competente dentro de sus facultades, se encuentra vigente, y que los argumentos de carácter fáctico como la unidad familiar, no pueden ser objetos de “instrumentalización”, insinuando que eso es lo que ha hecho el amparado en el legítimo ejercicio de presentar una acción ante la judicatura.

Más explícito aún ha sido el razonamiento de la Corte Suprema en la causa Rol 8429-2011, que ha revocado una sentencia apelada que terminaba por acoger un recurso de protección en favor del recurrido y de su hija menor, en contra de una orden de expulsión dictada por el Departamento de Extranjería y Migración, fundado en que la decisión de la administración lesionaría los derechos de la niña y la unificación familiar. Sin embargo, la Corte ha señalado que:

“Tercero: Que así debe descartarse la ilegalidad como la arbitrariedad del acto cuestionado, por cuanto ha sido dispuesto por la autoridad competente, en un caso previsto por la ley y entregando los fundamentos facticos de apoyo a la medida, lo que permite sostener que ésta se encuentra provista de razonabilidad y fundamento. (...)

Quinto: Que en cuanto a la situación familiar invocada por los recurrentes, cabe advertir que el Departamento de Extranjería es el órgano encargado de supervigilar la situación regular de los extranjeros en Chile y para ello la legislación prevé las condiciones por las cuales un extranjero puede permanecer en territorio nacional, **condiciones que de no cumplirse ameritan la expulsión, sin que ello impida al grupo familiar de la persona expulsada acompañarla a su nueva residencia, si ellos así lo estiman conveniente**”.

Así, la Corte fue más allá, señalando que no le corresponde a la judicatura la consideración de esas circunstancias personales, sino a la autoridad administrativa, y es en el ejercicio de esas funciones, en el que ha decidido expulsar al sujeto migrante. Sin embargo, la judicatura no ha considerado en estos casos que la autoridad administrativa “aplica esta medida sin evaluar el caso a caso ni considerar elementos que satisfagan un ejercicio de proporcionalidad en la sanción que se impone. Esto queda de manifiesto cuando la autoridad no varía su criterio al aplicar la misma medida a una persona que ha

transgredido gravemente el ordenamiento jurídico interno, en comparación con aquélla que ha cometido una falta de menor entidad”, como lo ha señalado el abogado Tomás Pascual<sup>59</sup>.

Esta tendencia jurisprudencial fundamenta el rechazo de las acciones intentadas a partir de que la comprensión absolutamente formal de que es la administración como autoridad competente, quien tiene plenas atribuciones emanadas de la ley para decidir respecto de estos casos, desatendiendo aspectos materiales relevantes como las circunstancias específicas y particulares de quien busca el amparo o protección, y desatendiendo el hecho de que la autoridad igualmente realiza un análisis mecánico consistente en la verificación de una sanción penal o antecedente policial, aplicando automáticamente la expulsión<sup>60</sup>.

Se inscriben dentro de dicha tendencia, numerosos fallos de distintas Cortes de Apelaciones de Chile, como por ejemplo en el caso de la causa Rol 13-2018 del 14 de Marzo 2018 seguido ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que en su parte considerativa señala:

“CUARTO: Que no obstante que el informante refiere que no resolvió el decreto de expulsión, pero que de acuerdo a los antecedentes esgrimidos por las partes, **no se puede calificar que la autoridad haya actuado al margen de la ley, dado que cuenta con competencia para resolver acerca de la expulsión de los extranjeros, en tanto concurren ciertas causales legales**, no observándose por tanto la existencia de un acto ilegal o arbitrario que vulnere, perturbe o amenace la libertad personal y seguridad individual de la recurrente” (el destacado es nuestro)<sup>61</sup>.

Llama la atención que se suma a esta línea argumentativa el hecho de que tampoco se consideran antecedentes sobrevinientes que permitan reconsiderar la orden de expulsión, en atención a los derechos fundamentales que le corresponden al sujeto migrante que permitan cuestionar los elementos de hecho que fundaron la expulsión. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que:

“QUINTO: Que, en consecuencia, existiendo un decreto de expulsión vigente, **dictado por la autoridad competente dentro del ámbito de sus atribuciones**, y que encuentra fundamento legal en el artículo 15 N° 2 del Decreto Ley N° 1094, por lo que la medida se

---

<sup>59</sup> Pascual, Tomás. (2020). “La desprotección de los derechos humanos en contexto de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional”. Anuario de Derechos Humanos, vol. 16 núm. 2. Págs 381-410. Pág. 387.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> En esa misma línea SCA Antofagasta Rol 174-2018, SCA Antofagasta 36-2020, SCA Santiago Rol 120-2018, SCA Talca Rol 222-2017, SCA Arica 25-2017.

ajusta plenamente a las normas legales que rigen la materia, sólo corresponde a esta Corte desestimar el presente recurso de amparo por las razones anteriormente expuestas.

SEXTO: Que, **en nada altera la circunstancia de haber sido favorecida la amparada con la reducción de condena** desde que este beneficio atiende a diversos criterios que son igualitarios para todos quienes cumplen condenas y presentan antecedentes positivos de reinserción, situación que en este caso obedece a hechos sobrevinientes distintos a aquellos que motivaron el decreto de expulsión” (el destacado es nuestro).

Así, se trata de un criterio que se aplica de manera automática, en la cual la exigencia respecto a la fundamentación de las sentencias se limita a hacer una reproducción que se reitera de manera idéntica en muchos de los casos analizados, sin adentrarse en un análisis desde el punto de vista de los hechos que se presentan, pero tampoco un análisis desde las normas de derecho internacional que permiten resolver el problema jurídico desde consideraciones más garantistas, como se verá más adelante.

#### **D. Derecho nacional por sobre el derecho internacional**

Si bien no es una argumentación considerablemente influyente, pues no se han registrado sentencias posteriores que utilicen el mismo orden de argumentos, ha parecido importante destacar el razonamiento expuesto por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 1834-2019, al tener que pronunciarse sobre una acción de protección interpuesta en favor de una niña separada de su padre, al haber sido este expulsado de Chile en virtud de una orden de expulsión fundada en una condena por tráfico de estupefacientes, señalando:

“4º Que cabe analizar en primer lugar que respecto de la menor en cuyo favor se recurre no existe de parte la autoridad ninguna resolución que restrinja o limite su libertad de desplazamiento dentro del país como su salida al extranjero.

**No se advierte a su respecto como el que podría existir un tratamiento discriminatorio en su contra si respecto de ella no hay ninguna medida.** La que existe fue dictada en contra de su padre quien luego de haber cumplido bajo la modalidad de la libertad vigilada una condena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo como autor del delito de tráfico de estupefacientes, el que una vez cumplida esta pena fue su expulsión del país lo que ya se materializó. Tanto la menor como su madre pueden salir del país en cada oportunidad que ha si lo expongan a fin de reunirse con su padre expulsado, respecto de quien no existe en autos algún antecedente que tenga prohibición de residir en su país de origen.

**5º Que la circunstancia de que existen diversas normas de carácter internacional** que tiendan a que los países suscriptores adopten todas las medidas posibles hacer posible la reunificación familiar, como una manera de fortalecer los lazos filiales y de familia, ello **no importa que deban prevalecer sobre normas especiales** que regulan la permanencia de extranjeros en Chile” (el destacado es nuestro).

Es importante destacarlo, pues el fallo muestra una visión absolutamente por fuera del marco del derecho internacional de los derechos humanos y descansa sobre un argumento estrictamente formal, como lo es el hecho de que la medida no ha sido dictada en su contra, y que por lo tanto eso excluiría un tratamiento discriminatorio, lo que es más bien una ficción jurídica, pues producto de esa orden efectivamente se separa a la niña de su padre a pesar de que esta no sea dictada en contra de ella. Así, finalmente termina por señalar que sobre normas internacionales debe prevalecer nombra especial interna.

### **3.3. Tendencia de reconocimiento de derechos**

Se ha llamado tendencia de reconocimiento de derechos a aquella corriente jurisprudencial que ante el conocimiento de acciones de amparo o protección ha presentado una diversidad de argumentos que han terminado por acoger estas acciones, tanto por un reconocimiento de consideraciones de carácter fácticas, enunciadas en los hechos de las acciones presentadas, como por consideraciones normativas, sustentadas principalmente en el uso de normativa constitucional y desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de una diversidad de tratados internacionales ratificados por Chile, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño, en menor medida la Convención para la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares. Así, llama la atención que sólo un 7,22% de los casos se utilizaron referencias a fuentes del derecho internacional.

En muchos casos estos argumentos se encuentran presentes en los fallos de forma copulativa, por lo tanto, puede utilizarse una misma sentencia para la caracterización de argumentos distintos, pues dan muestra de razonamientos diferentes que sustentan desde distintos puntos de vista la decisión del tribunal.

Si bien parte de la jurisprudencia ha considerado que la discrecionalidad administrativa y su reconocimiento legal en el Decreto Ley N°1904 es motivo suficiente para rechazar acciones de amparo o de protección que se le presentan, como fue expuesto en

el apartado anterior, otra parte de la jurisprudencia considera que existen limitaciones a dicha discrecionalidad que encuentran su fundamento en normativa de carácter constitucional o de derecho internacional de los derechos humanos y en las circunstancias personales de los sujetos migrantes.

De esta manera, ante la ausencia de dicha perspectiva en la normativa interna vigente, pero a partir de consideraciones normativas y fácticas, que deben ser reconocidas y ponderadas al momento de que la actuación de la administración pueda estar vulnerando los derechos fundamentales de las personas migrantes, es que se termina por acoger las acciones.

Como se analizará más adelante, esta segunda posición no significa necesariamente un reconocimiento de la titularidad de derechos fundada en la dignidad humana y su condición de igualdad respecto de los nacionales para la protección de sus derechos fundamentales, sino más bien se reconocen ciertos derechos por cuestiones de hecho y no de dignidad humana propiamente tal.

Así, se han diferenciados los argumentos de carácter normativo de aquellas consideraciones de hecho, que en ambos casos permiten un reconocimiento de derechos fundamentales de los sujetos migrantes pero por motivos distintos.

## **A. Consideraciones de orden normativo**

### **A.1 Tratamiento del principio de igualdad y no discriminación**

Especial atención han significado aquellas sentencias en donde se reconocen vulneraciones al principio de igualdad y no discriminación en la actuación de la administración, pues son manifestación concreta del reconocimiento de un derecho universal que se les reconoce a los sujetos migrantes, siendo además parte fundamental de las bases de la institucionalidad y del Estado de Chile, teniendo reconocimiento constitucional y en numerosos tratados ratificados por Chile.

Así, esta tendencia se ha sustentado en el principio de igualdad y no discriminación para ejercer un control sustantivo del ejercicio de las potestades discrecionales de la autoridad migratoria, reconociendo la igualdad de derechos de los sujetos migrantes dando un marco normativo que en su resolución permite una decisión más garantista.



Uno de los primeros avances que se reconocen al respecto es una sentencia de la Corte Suprema acerca del entendimiento de las facultades de la autoridad administrativa reconocidas en el Decreto Ley N° 1904:

“3º: Que, de la lectura de los artículos 17 del Decreto Ley N°1094 y 30 de su Reglamento, se advierte que otorgan una “facultad” a la Administración, mas no el “deber” de expulsar al ciudadano extranjero, a diferencia de diversas otras normas de dichos cuerpos normativos, donde es imperativa para la autoridad la prohibición de ingreso (artículo 15 del DL 1094) la expulsión del territorio (artículos 145 y 146 del Reglamento), o el rechazo de la solicitud de visación o permisos (artículo 63 del DL 1094).

Tal diferenciación entre un deber y una facultad de expulsar es fundamental, pues la segunda deja un margen a la autoridad administrativa para ponderar otros elementos diversos a los que el propio precepto enumera y, en base a ellos, decidir si ejerce o no la facultad, en este caso, de expulsar al no nacional”<sup>62</sup>.

Esta distinción que aclara la Corte es relevante para el avance de la tendencia del reconocimiento de derechos, pues, contrario a lo que señala constantemente la tendencia formalista, es posible considerar otros elementos más allá de la ley a la hora de fallar, lo que al ser recogido por la tendencia jurisprudencial de reconocimiento de derechos permite un avance para considerar otras circunstancias y normas más allá del Decreto Ley 1904 y del Reglamento de Extranjería, que, como se ha señalado, no tienen una concepción de derechos humanos, de manera que esta interpretación abre una puerta a su recepción.

De esta manera, en primer lugar, lo que para la tendencia jurisprudencial formalista era un mero reconocimiento a lo señalado en los artículo 66 y 64 del Decreto Ley N°1904, es controvertido por esta tendencia por medio del reconocimiento del Derecho Internacional Humanitario, lo que se expresa claramente en el fallo de la apelación de acción de amparo seguido ante la Corte Suprema en causa Rol 1059-2015, quien señala:

"Que la ‘utilidad’ y la ‘conveniencia’ estatal en la disposición de visados sean los factores determinantes para decidir otorgar o rechazar un visado o una residencia, constituye un punto de partida cuestionable. A lo menos hay que plantearse si la aludida conveniencia o utilidad es del Estado, de la sociedad o del extranjero solicitante del visado. En primer lugar, la tesis que manifiesta una utilidad puramente estatal debe sortear una dificultad normativa dispuesta en la propia Constitución. El propio artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, cuando dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”, nos indica que la ecuación de la “conveniencia” y la “utilidad” que hay que tomar

---

<sup>62</sup> En ese mismo sentido SCS Rol 3867-2010, SCS Rol 4466-2013.

en cuenta es la del individuo y que las finalidades del Estado se enmarcan en el desarrollo de la persona humana”.

Así, la Corte Suprema acoge la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 13 del Decreto Ley N°1904, ha señalado los márgenes a los que debe enfrentarse la administración, en otras sentencias, comenzando a fijar límites en la actuación de la administración en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales que le caben a los sujetos migrantes. En esa misma línea la Corte Suprema ha señalado que el nuevo estándar para la autoridad administrativa es la *fundamentación razonable* de la decisión de expulsar, un criterio abierto que permite a los tribunales superiores considerar fuentes internacionales y circunstancias personales, como lo ha hecho en el caso en que Departamento de Extranjería y Migración ha decidido expulsar a una mujer migrante por haber permanecido en Chile excediendo el plazo de su visa y haber desempeñado actividades remuneradas, siendo este un acto discriminatorio, como ha señalado en causa Rol 3073-2015:

“4° Que, por consiguiente, la Resolución Exenta N° 6786 de nueve de diciembre de dos mil catorce emitida por la Intendencia de la Región de A. da cuenta de un acto administrativo **que no expresa fundamento razonable de su decisión, lo que importa claramente una discriminación arbitraria, que desatiende el actual estándar de conveniencia o utilidad que la Autoridad Administrativa debe respetar para el ejercicio de su potestad y, además, prescinde de la normativa a la que debió atenerse, como los artículos 1 inciso segundo y 2 de la Ley N° 20.609, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos atingentes, suscritos y ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y el numeral 2° del artículo 19 de la ley primera, deficiencias que hacen que el acto sea irremediablemente arbitrario e ilegal, al haber privado a la amparada del derecho de entrar libremente a nuestro país, consagrado en la letra a) del numeral 7° del artículo 19 de la Constitución Política de la República**, por lo que, en estas circunstancias, la presente acción constitucional debe ser acogida” (el destacado es nuestro).

Por otra parte, también llama la atención ciertos criterios que ha fijado esta tendencia jurisprudencial para excluir la razonabilidad de la fundamentación, señalando que dichos motivos tomarían el carácter de discriminatorios, como lo son justificar una denegación de visa en no compartir el idioma o que el sujeto no mantenga un trabajo, materializando el principio de igualdad como un término normativo, a pesar de darle un reconocimiento a cuestiones de hecho acogiendo los conceptos utilizados por la ley como los de “conveniencia y utilidad”, fijando el principio de igualdad ya en el plano jurídico a pesar de

las abiertas discriminaciones que permiten esos conceptos, en completo desconocimiento de la dignidad humana. En este sentido ha fallado la Corte Suprema en causa Rol 11521-2014, al indicar:

“11º. (...) Los elementos señalados por la autoridad para denegar la solicitud de visa, tales como no hablar español, no tener un trabajo conocido o haber salido sólo una vez de su país de origen, deben considerarse **motivos infundados, lo que importa claramente una discriminación arbitraria**, y por ello no pueden subsumirse dentro del estándar de conveniencia o utilidad que las normas de extranjería consignan para el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la autoridad administrativa” (el destacado es nuestro).

De igual forma, en aquellos casos en que se ha abordado la resolución del conflicto a partir del tratamiento del principio de igualdad y no discriminación, ha sido constante la referencia a que el nuevo marco normativo que fija límites a la administración encuentra su sustento en el derecho internacional. Así ha sido señalado por la Corte Suprema en causa Rol 11521-2014, recogiendo lo sostenido por el Tribunal Constitucional:

“7º.(...) En efecto, sostiene que el ejercicio de estas potestades, a la luz del actual marco normativo nacional e internacional, tiene un nuevo estándar. **La autoridad administrativa, "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 2º de la Ley 20.609)”<sup>63</sup>.

Uno de los fallos considerado de los más importante e innovadores en cuanto a su razonamiento y también a la luz de las consideraciones del constitucionalismo social realizadas en el primer capítulo, es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol 51704-2015. La Corte debe resolver, en una acción de protección, si es vulneratoria una actuación del Registro Civil consistente en el impedimento de inscripción de la paternidad de un niño, por no contar su padre con cédula de identidad debido a que su situación migratoria no está regularizada. Así, la Corte razona en el siguiente sentido:

“Quinto: (...) A la ley debe atribuírsele un significado que concilie con el principio que la sostiene y que sea coherente con los derechos comprometidos en ella. La inteligencia que cabe efectuar ha de conciliar con la situación que regula, con el contexto general en que se inserta y con la normativa fundamental –nacional e internacional- de la que es tributaria. De este modo, cabe poner en relieve que **todo extranjero es titular de los mismos derechos fundamentales que un nacional, puesto que en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, se proclama que tales derechos están asegurados “a todas las**

---

<sup>63</sup> En esa misma línea, SCA Iquique Rol 56-2015, SCS Rol 1059-2015, SCA Arica Rol 48-2017.

**personas**”, sin distinción alguna. Por ende, el imperativo de respeto y promoción de tales derechos esenciales, a que alude el artículo 5° de la Carta Fundamental, se hace extensivo a los no nacionales que se encuentran en el territorio de Chile.” (El destacado es nuestro).

Agrega que dicho razonamiento se confirma en lo que se viene diciendo en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Si bien la sentencia después razona desde la óptica del niño, es destacable que en el considerando citado el razonamiento en torno a la igualdad se da en términos normativos como un derecho asegurado a todas las personas sin distinción alguna y sin la necesidad de recurrir a circunstancias de hecho, bastando el sólo reconocimiento de ser persona, sin ningún tipo de requisito adicional que haga más meritorio el reconocimiento de la titularidad de un derecho.

Así, se da cuenta de que las sentencias citadas hacen una integración novedosa de fuentes internacionales para elevar el estándar de protección del migrante amparado, reconociendo sus derechos desde una perspectiva más garantista.

Sin embargo, a pesar de ser un principio recogido en algunas sentencias, como se ha venido señalando, llama la atención el poco tratamiento que le ha dado tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema en los últimos años al principio analizado, siendo reconocido sólo en algunos casos en que se reclamó la infracción al principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución por haberse negado la Oficina de Migraciones a entregar el formulario de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiados, cuestión que según la Corte Suprema es:

“Quinto: Que la omisión en la que incurrió el recurrido, como se dijo, es constitutiva de un comportamiento ilegal, que vulnera la garantías de igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, toda vez que importa una discriminación en su contra en relación con el trato dispensado a otros extranjeros que, en situación jurídica equivalente, han podido tramitar sus solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados u obtenido una respuesta formal en que se expliquen las razones para denegar el inicio del procedimiento, por lo que la presente acción constitucional debe ser acogida”<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> En esa misma línea, SCS Rol 49-2020, SCS Rol 24876-2020, SCS Rol 50526-2020 y SCS Rol 75988-2020.

## **A.2 Proporcionalidad: razonabilidad en la decisión de la autoridad y principio de juridicidad**

Otra de las consideraciones presente tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema al momento de hacer un examen de la discrecionalidad con la que opera la administración es el deber de razonabilidad en la decisión que esta toma, de manera tal que se ajuste al deber de proporcionalidad que también le cabe a la administración en las decisiones que toma, sobre todo para aquellos casos en que se ven afectados derechos fundamentales.

Una de las referencias para considerar si la medida o la actuación se encuentra dentro de los márgenes de la razonabilidad, es la función o finalidad del servicio, como ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol 31-2018, al indicar:

“CUARTO: 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”.<sup>65</sup>

De esta manera, para cierta jurisprudencia de la Corte Suprema el deber de que las medidas se ajusten a la proporcionalidad se enfrenta a la argumentación de la tendencia formalista para la que sólo basta el reconocimiento de que la medida sea dictada por autoridad competente, en el marco de la ley y dentro de las atribuciones, como lo ha señalado en la causa Rol 6649-2013:

“4º: (...) el órgano jurisdiccional al resolver la acción de amparo, debe cerciorarse que el acto impugnado, amén de provenir de una autoridad competente que actúe dentro del marco de sus atribuciones y en un caso previsto por la ley, no sea fruto de la arbitrariedad, lo que trae aparejado para los jueces **el deber de verificar su razonabilidad, proporcionalidad y motivación**, sin que esto suponga ignorar el margen de discrecionalidad que en precisos supuestos legales -y cumplidos los estándares recién mencionados- poseen determinadas autoridades, para decidir a la luz de los antecedentes, si ejercen o no la facultad concedida por la ley -en el presente caso, la expulsión del amparado” (el destacado es nuestro)<sup>66</sup>.

Lo cierto es que si bien se reconoce el deber de que las decisiones de la administración sean proporcionales a aquello que se sanciona o sobre lo que se actúa, se

---

<sup>65</sup> En ese mismo sentido, SCA Santiago Rol 213-2019, SCA Santiago Rol 28-2018, SCA Santiago Rol 31-2018 y SCA Arica Rol 189-2018.

<sup>66</sup> En esa misma línea SCA Arica Rol 48-2017.

trata de un concepto normativo, dicha proporcionalidad se verifica atendiendo muchas veces a las circunstancias personales y familiares del migrante, cuestión que será tratada en el apartado siguiente.

En ese sentido, son numerosos los casos en los que las Cortes deben resolver acciones de amparo, en las que se expulsa a sujetos migrantes que han sido condenados por la comisión de algún delito, lo que la administración ha justificado en las prohibiciones de ingreso al país reguladas en el artículo 15 N°2 del Decreto Ley N°1904. Así, han debido considerar circunstancias de hecho como el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la ejecución de la medida de expulsión, el hecho de haberse concedido alguna pena substitutiva o beneficios penitenciarios, o el hecho de no haber sido condenado con posterioridad, cuestión que daría cuenta del proceso de reinserción que se espera de un procedimiento penal. Así, en aquellos casos en que las Cortes han optado por considerar desproporcionada la sanción de expulsión ante la circunstancia de haber sido condenado, ha razonado de la siguiente forma:

“No se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeta a alguna investigación penal. De este modo, el delito cometido no constituye la situación que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada”<sup>67</sup>.

Así un primer límite posible es la reiteración en la comisión de algún ilícito penal, o no bastando el hecho de que haya cometido un delito en el país de origen. En esa misma línea y con relación a las penas substitutivas, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha señalado en causa Rol 163-2019:

“OCTAVO: Que a la luz de los fundamentos expuestos la decisión de la autoridad migratoria resulta desproporcional, considerando especialmente que la sentencia condenatoria es de 2 de abril de 2013, otorgando el cumplimiento de la pena substitutiva, concediendo el beneficio de la remisión condicional de la pena por ambas condenas, deviniendo en arbitraria y desproporcional la decisión de la recurrida al considerar una condena que ya se encuentra cumplida y, que fundó además el decreto de expulsión del año 2013, constituyendo un hecho aislado en la vida del amparado, además ha operado la prescripción respecto de la pena. En definitiva, al rechazar la solicitud de regularización y por ende, al mantener la orden de expulsión en contra del amparado

---

<sup>67</sup> SCS Rol 13038-2013. En esa misma línea SCS Rol 2309-2015, SCS Rol 50010-2016.

constituye **el ejercicio de una facultad de forma arbitraria y desproporcional**, razón para acoger la acción constitucional”.

De esta manera, si bien el principio de proporcionalidad que rige en materia sancionatoria, incorporado por esta tendencia para un estricto examen de sus actuaciones, es de carácter normativo, debe en su configuración y traducción considerar circunstancias de hecho para evaluar si es que la actuación de la administración se ha ajustado o no ha dicho principio. Así, no basta con un análisis normativo, considerando al sujeto migrante como sujeto de derechos en abstracto, sino que debe medirse en ponderación a las circunstancias personales.

Según el abogado Tomás Pascual, la consideración respecto a la proporcionalidad ha sido clave para declarar la ilegalidad de las medidas de expulsión, y esto ha sido posible a partir de “los elementos dados por el derecho internacional de los derechos humanos permiten afirmar que la ausencia de este análisis puede llevar a que las medidas que se adopten en contra de las personas pasen a tener el carácter de colectivas”<sup>68</sup>.

## **B. Consideraciones fácticas**

Como señalado previamente, en muchos casos que se han enmarcado dentro de esta tendencia de reconocimiento de derechos, dicho reconocimiento se sustenta en circunstancias personales de los sujetos migrantes, las que a la luz del principio de proporcionalidad y de los tratados Internacionales, cobran especial relevancia pues son el fundamento principal por los que se terminan por acoger las acciones. Tal como se mencionó en el principio de este capítulo, las acciones de amparo y de protección al ser acciones de carácter informal, en las que las circunstancias de derecho son la infracción a derechos fundamentales, la parte más robusta de dichas acciones en general es la expresada en las circunstancias de hecho que se buscan proteger.

De esta manera, se analizarán las tres principales circunstancias de hecho que han significado que se termine por acoger las acciones presentadas, que en su mayoría se tratan de acciones de amparo presentadas para que se dejen sin efecto órdenes de expulsión dictadas por la autoridad administrativa de extranjería.

---

<sup>68</sup> Pascual, Tomás. (2020). “La desprotección de los derechos humanos en contexto de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional”. Anuario de Derechos Humanos, vol. 16 núm. 2. Págs 381-410. Pág. 395.

## B.1 Trabajo

Las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema han dado especial relevancia al hecho de que quien solicita dejar sin efecto una orden de expulsión, se encuentre trabajando en el país. De esta manera, es una constante que los recurrentes acompañen antecedentes a la presentación de la acción como contrato de trabajo o liquidaciones de sueldo.

En primer lugar, han sido numerosos los casos en que las Cortes han debido pronunciarse por casos de expulsión por parte de la autoridad administrativa por sospecha de falsedad de contratos de trabajo que se han presentado para solicitar visa sujeta a contrato laboral. En estos casos se ha terminado por acoger las acciones impetradas, por tratarse muchas veces de simples sospechas, adoleciendo de falta de motivación la actuación de la autoridad<sup>69</sup>.

Por otro lado, ha sido especialmente valorado el hecho de que se cuente con un sustento laboral pues eso, parafraseando a la Corte Suprema, no significaría una carga para el Estado. Así, la Corte Suprema en causa Rol 3073-2015 ha expresado que:

“3º: (...) la recurrente cuenta con una fuente laboral y por consiguiente no se transforma en una carga social, fundamento de la sanción en virtud de la cual se sustenta la decisión administrativa y que por lo demás la conducta desarrollada por la amparada no se configura de una entidad tal que haga razonablemente aplicable la expulsión de ésta del país”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol 1288-2011, conociendo de un recurso de protección por una expulsión de una migrante por registrar una condena en su país de origen, ha valorado positivamente el que la recurrente cuente con un trabajo fijo y estable y cotizando en sistema previsional, señalando que esto demostraría su real propósito e intención de querer vivir en Chile<sup>70</sup>.

De esta manera, el hecho de contar con un trabajo estable cobra especial relevancia para, por una parte, mostrar el interés que existiría por parte del migrante de permanecer en Chile, cuestión que según los tribunales superiores de justicia debe ser considerado en el examen de proporcionalidad, y por otro lado, como antecedente de que no constituirá una “carga” para el Estado de Chile, de manera tal que igualmente se hace uso de los conceptos indicados en el DL 1904 sobre conveniencia y utilidad.

---

<sup>69</sup> SCS Rol 624-2014.

<sup>70</sup> En esa misma línea, SCS Rol 50010-2016, SCA Santiago 2503-2018 y SCA Santiago 1659-2018.



## **B.2 Arraigo e interés superior del niño/a: la familia es el núcleo fundamental de la sociedad**

Unos de los factores de hecho más utilizado para acoger las acciones de amparo o de protección presentadas es el arraigo con el que cuentan los sujetos migrantes en Chile, se considera el tiempo que llevan permaneciendo en Chile, sus vínculos familiares y también contar con antecedentes laborales. Es decir, es un elemento que está estrechamente vinculado con otros apartados expuestos en la presente investigación, pero se ha optado por un desarrollo por separado por el especial y un poco más extenso tratamiento que le han dado los tribunales superiores de justicia.

En primer lugar, se ha evaluado desde el punto de vista de los niños, hijos/as de quienes reclaman una afectación, a través del interés superior del niño. El núcleo familiar ha sido considerado un elemento fundamental para la sociedad, y ha sido reconocido en nuestra propia constitución, también como núcleo fundamental para el desarrollo personal de niños y niñas en tratados internacionales, existiendo una orden para los Estados de resguardar dicho núcleo.

En este sentido, esta tendencia ha considerado que, ante sanciones que puedan significar vulneraciones tan graves como la separación de un NNA de sus padres, es necesario considerar cuestiones de carácter fáctico, que deben analizarse rigurosamente caso a caso, en un examen de ponderación que tiene en su centro el análisis desde la proporcionalidad de la medida, cuestión que transparenta claramente la Corte Suprema en sentencia Rol 7804-2014 al señalar que:

“5º: (...)es desproporcionada e importa una transgresión al principio del interés superior del niño, en la especie, en relación con las menores Lucero Madelein y Amalia Isabella Bazalar Torres porque implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta, también, lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la Republica 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”.

Así, a partir del principio de interés superior del niño es posible vincularse a otros derechos, como lo son la identidad familiar. Otro de los vínculos que permite dicho principio, se ha indicado por esta tendencia jurisprudencial que debe traducirse en un trato no

discriminatorio a su respecto, como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago en causa 51704-2015:

“Sexto: Ahora, visto el asunto desde la óptica del niño Stiven Fabricio Giraldo Ortiz, resulta que él es titular de derechos fundamentales especialmente reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 1989. su artículo 2 consagra el derecho a la no discriminación, proscribiéndose como criterios sospechosos de trato diferenciado “cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”, conminándose a los Estados Partes a tomar las medidas apropiadas para garantizar que el niño esté protegido “de toda forma de discriminación” o castigo “por causa de la condición, (o de) las actividades...de sus padres”; su artículo 3.1 ordena que en todas las medidas que adopten las autoridades administrativas o judiciales concernientes a los niños “una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”; y, de modo particularmente atingente, su artículo 8 garantiza su derecho a la identidad, comprendiendo en ello sus “relaciones familiares”.

De esta manera, esta tendencia jurisprudencial ha sido consistente en señalar que deben considerarse las circunstancias personales y familiares del migrante afectado/a, pues dicha afección no es sólo personal, sino mayor. Además, ha sido mencionado en su razonamiento aquellas veces en las que los hijos cuentan con nacionalidad chilena, como lo ha señalado la Corte Suprema en su sentencia en causa Rol 8397-2017:

“5º: Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la amparada, quien tiene dos hijos menores nacidos en Chile de 3 y 1 años de edad, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior de los menores, pues perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1º 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”.

Otro de los principios que se relevan en las sentencias cuando se tratan de casos que buscan dejar sin efecto una medida de expulsión, es el principio de reunificación familiar que debe guiar la resolución de un tribunal, como en la causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Arica, quien en su sentencia Rol 48-2017 indica a propósito de las consideraciones que debe tener la autoridad administrativa:

“SEXTO: (...) 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”.

En un sentido distinto, también ha sido recogido por la Corte Suprema este principio, pero desde el punto de vista del sujeto migrante, siendo novedoso el uso que hace la corte del “derecho al disfrute de la vida familiar”, no limitándose a una referencia de los derechos de sus familiares externalizando el reconocimiento a derechos de terceros para reafirmar un derecho del migrante. Como ha manifestado en su sentencia en causa Rol 146-2014:

“CUARTO: En segundo, lugar, debe ponderarse que el amparado tiene derecho al disfrute de la vida familiar consagrado expresamente por las convenciones internacionales citadas, por lo que, acreditado que se encuentra casado con una ciudadana chilena desde el año 1996, la prohibición de reingreso resulta arbitraria también por este capítulo al impedir la reunificación familiar.”

Por otro lado, la Corte Suprema se ha pronunciado a este respecto desde el punto de vista de la familia, como elemento importante a considerar que debe ponderarse para resolver respecto de la permanencia o expulsión de un extranjero.<sup>71</sup> Así, se ha señalado que el derecho a fundar una familia es uno de los derechos humanos fundamentales, como ha sido expresado por la Corte de Apelaciones de Santiago en su fallo Rol 3766-2011:

“Sexto: Uno de los derechos humanos fundamentales, establecidos en el ámbito nacional e internacional, es el derecho de fundar una familia. De acuerdo con el Artículo 16, párrafo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, **los hombres y mujeres tienen derecho a casarse y fundar una familia**, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”.

La Corte va más allá, e interpreta lo que debe entenderse por familia al estar involucrados derechos fundamentales, de manera tal que el concepto de “familia” debe recibir siempre una interpretación amplia, porque sólo de esa manera puede asegurarse efectivamente el derecho:

“Así, no puede aludir únicamente a la existencia de matrimonio, ni siquiera de la cohabitación. Ha de comprender, en general, las relaciones entre padres e hijos, con exigencias mínimas de lazos de vida, vinculaciones de dependencia económica, relación directa y regular, etcétera”.

En ese mismo fallo, la Corte entiende que la imposibilidad de mantener un contacto con su hija afectaría su salud mental, lo que compromete el derecho garantizado en el

---

<sup>71</sup> En ese sentido, SCA Iquique 42-2016.

artículo 19 N°1 de la CPR. Por su parte, desde el punto de vista del niño/a, la Corte indica que la Convención sobre los Derechos del Niño también vela por la no separación de sus padres, contra la voluntad de ellos.

A pesar de ser un fallo que reconoce un gran avance en el reconocimiento de derechos fundamentales a personas migrantes, no sólo limitando su razonamiento a los derechos fundamentales de sus familiares, la Corte Suprema revoca dicha sentencia, dejando fuera toda la argumentación constitucional y desde el Derecho internacional de los Derechos Humanos que realizaba, por ajustarse el acto a la ley, toda vez que habría sido dictado por la autoridad competente en un caso previsto por la ley. A pesar de ello, este razonamiento si ha sido acogido con posterioridad, tanto por la Corte Suprema como por distintas Cortes a lo largo del país<sup>72</sup> pero no de manera consistente, pues siguen reconociéndose razonamientos que niegan la existencia de arraigo familiar para dejar sin efecto la expulsión<sup>73</sup>.

Llama la atención que este tipo de argumento ha sido más utilizado para el reconocimiento de derechos de los vínculos familiares del sujeto migrante, que un reconocimiento de sus propios derechos, siendo utilizado en distintos sentidos como lo son el derecho a la reunificación familiar, derecho a la identidad o el derecho a formar una familia. En cualquier caso, ha significado que se terminen por acoger los requerimientos de protección o amparo presentados, con un uso considerable de fuentes de Derecho Internacional.

### **B.3 Arraigo: proporcionalidad y oportunidad**

Como ya fue esbozado en el apartado de la proporcionalidad, uno de los factores considerados en dicho examen es el factor del arraigo, vinculado al tiempo que se lleva residiendo en el país, especialmente relevante para casos de órdenes de expulsión: tanto del tiempo que se lleva en Chile como del tiempo que ha transcurrido entre que la orden se dictó y de cuando se quiere ejecutar, es decir, su oportunidad. Esto en vinculación a otros elementos ya señalados, pues el paso del tiempo es significativo para ir consolidando el arraigo en el país, o para fortalecer las legítimas expectativas de permanencia.

---

<sup>72</sup> En ese sentido, SCA Santiago 2503-2018.

<sup>73</sup> En ese sentido, SCA Santiago 120-2018.

Así ha sido señalado por la Corte de Apelaciones de Santiago en acción de amparo en causa Rol 2982-2018, reconociendo un límite en el análisis meramente legal de una orden de expulsión, señalando en su sentencia:

“Tercero: Que en razón de lo expuesto, se debe concluir que la autoridad actuó en el uso de sus facultades para dictar la resolución que se impugna, por lo que su proceder es conforme a la ley y desde un punto de vista estrictamente formal, lo resuelto no merece reproche.

Distinta es la situación cuando se analiza el mérito y la oportunidad para adoptar tal decisión, pues es menester considerar diversos antecedentes de la mayor importancia, en particular el momento en que se decide la medida que es objeto del recurso. (...)

Cuarto: Que, entonces, lo pretendido por la recurrida es hacer ejecutar una medida dispuesta hace ya varios años, sin que se justifique de manera alguna tanta tardanza. El tiempo transcurrido ha permitido que el amparado consolide una situación familiar y laboral, lapso en el que ha sido padre de dos hijos de nacionalidad chilena, por lo que la medida no sólo lo afecta en lo personal, sino tiene una repercusión de mayor entidad, que no puede desatenderse.

Es posible concluir de lo dicho, que tal **medida carece de oportunidad y actual justificación**” (el destacado es nuestro).

De esta manera, una cuestión relevante que han debido considerar las distintas Cortes es la oportunidad para ejercer la expulsión, de manera que si ese plazo tácito pasa, se afectarían gravemente los derechos del sujeto migrante.

Nuevamente se da cuenta de que el respaldo y aseveración de que a los sujetos migrantes se les reconoce derechos fundamentales, dependen de consideraciones fácticas que la Corte debe analizar caso a caso, lo que tiene como consecuencia una jurisprudencia pendular en la materia.

### **C. Casos híbridos**

Hay casos que no se encuadran en ninguna de las dos tendencias, pues si bien terminan por acoger las acciones, sus fundamentos están dados también por una visión legalista. Por ejemplo, el caso de la causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 398-2018, en la que se termina por acoger el recurso pero por razones formales, por lo que acoger no implica necesariamente reconocer al sujeto migrante como sujeto de derechos, ni tampoco a sus familiares. Así, en dicha sentencia se ha señalado que

“Duodécimo: Que del modo como se ha razonado, forzoso es concluir que en este caso las autoridades administrativas recurridas han actuado al margen de la legalidad vigentes, para casos, como el del autos, habiendo decretado la expulsión fuera de los casos expresamente estatuidos en el ordenamiento jurídico interno, afectando de esta forma la libertad personal del amparado, protegida en el artículo 19 numeral 7 de nuestra Carta Fundamental, por lo que corresponde a esta Corte adoptar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, especialmente en aquella parte en que sigue surtiendo efectos sobre el amparado el acto recurrido, motivo por la que será acogida la presente acción constitucional de amparo y por ello será dejada sin efecto la resolución que ordena la expulsión del país que pesa sobre el amparado Basilio Rodríguez Núñez, **en atención a que estima que la decisión de expulsión de éste por la autoridad regional no se ajusta plenamente la normativa vigente** y en consecuencia la torna en ilegal”<sup>74</sup>. (el destacado es nuestro).

---

<sup>74</sup> En ese mismo sentido, SCA Santiago 1069-2019.

### Capítulo III. Jurisprudencia y política migratoria

En el presente capítulo se busca indagar acerca de la relación entre las tendencias jurisprudenciales emanadas por nuestras Cortes de justicia en relación con la migración que fueron presentadas y analizadas en el capítulo anterior, con las distintas etapas de política migratoria<sup>75</sup> desde la vuelta a la democracia, para dilucidar si existe una vinculación entre ambas y en qué sentido.

Para ello, en primer lugar, hay que destacar que el discurso público en torno a la migración ha emergido con fuerza desde una perspectiva que, la mayoría de las veces, niega los derechos humanos de los sujetos migrantes por su potencial rendimiento en términos populistas. Así, distintos gobiernos han hecho parte de sus consignas y programas, discursos con un claro contenido anti derechos en función de réditos político-electorales que esto les pudiera traer. Lo problemático, desde un punto de vista de los derechos fundamentales, es que estos discursos se han traducido efectivamente en distintas políticas migratorias a lo largo de los años, las que con un diseño, más o menos estructurado, han dado lugar a ciertas discriminaciones y configuraciones del sujeto migrante que serán analizadas.

Por otro lado, dichas políticas presentan un problema con principios e instituciones básicas del derecho. En ese sentido, Ferrajoli analiza el fenómeno de dichas políticas indicando que “hoy la asimetría se ha invertido. Después de cinco siglos de conquistas, colonizaciones y rapiñas ya no son los occidentales los que emigran a los países pobres del mundo; al contrario, son las masas de hambrientos de esos mismos países las que llaman a nuestras fronteras. Pero con la inversión de aquella asimetría de hecho se ha producido también una inversión de los principios de derecho. En el momento en que el ejercicio del derecho de emigrar resulta posible para todos, y es, además, la única alternativa de vida para millones de seres humanos, no sólo se ha olvidado su fundamento, tanto histórico como jurídico, en la tradición occidental, sino que se reprime con la misma dureza feroz con que fue blandido en los orígenes de la cultura moderna con fines de conquista y de colonización. Cuando se ha tratado de tomar en serio su carácter universal, aquel derecho se ha desvanecido, convirtiéndose en su contrario. Es entonces, cuando se han cerrado rígidamente las fronteras de nuestros países, cuando el fenómeno se ha

---

<sup>75</sup> Por política migratoria se entiende lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva 18/03, párr. 163: “todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio”.

desarrollado de manera progresiva e imparable, por efecto del crecimiento exponencial de la desigualdad entre países ricos y países pobres generada por los procesos de globalización<sup>76</sup>.

Resulta evidente, por tanto, que dicho fenómeno de políticas antimigratorias se realizan a contrapelo de los principios y normas del constitucionalismo social que hoy prima en los tratados internacionales y en muchas de las constituciones del mundo. Como también indica Ferrajoli, “estas leyes prohibicionistas —aunque en el plano dogmático pueda considerarse que no chocan con el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>102</sup>— contradicen de forma visible, en el plano teórico, el universalismo de los derechos sancionados no sólo en las cartas internacionales, sino también en nuestras propias constituciones, que configuran la mayor parte de los derechos fundamentales como derechos ya no del ciudadano sino de la persona”<sup>77</sup>.

En ese plano, es relevante y cabe preguntar cuál ha sido la recepción de la jurisprudencia respecto del fenómeno migratorio en relación con las diversas épocas de política migratoria impulsadas por la administración, cual es el objeto del presente capítulo.

Para ello, se utilizará la propuesta realizada por el académico Eduardo Thayer que sistematiza y periodifica a los diversos períodos de las políticas migratorias, que se realiza de forma estructurada y analítica lo que es útil para el objeto del presente trabajo. Al respecto, parece relevante anticipar y como se ha reconocido por buena parte de la doctrina nacional que trata la migración desde diversos enfoques y campos de estudios, que en nuestro país no ha existido algo así como una política migratoria, traducándose esto en una ausencia de una acción del Estado en la materia<sup>78</sup>.

Finalmente, una última cuestión previa al análisis propiamente tal, es importante hacer notar que ciertos grupos han mirado con preocupación el vínculo que puede haber entre política migratoria y jurisprudencia. Dicha postura se ejemplifica en la opinión de José Francisco García, coordinador de políticas públicas de la Fundación Libertad y Desarrollo, quien en 2014 publica una columna en el diario *El Mercurio*, dando cuenta con preocupación del avance de la jurisprudencia en el reconocimiento de ciertos derechos, señalando que estos precedentes influyen en la política migratoria, fijándose estándares en la materia vía

---

<sup>76</sup> Ferrajoli, Luigi. (2011). “Principia iuris. Teoría del Derecho”. Madrid: Trotta. pág. 342.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Thayer Correa, Luis Eduardo; Durán Migliardi, Carlos; Correa, Sara y Cortés, C. (2020). “Discursos sobre política migratoria en el campo político chileno”. Revista de Estudios Políticos, 190, 97-127. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.190.04>. pág. 111.



jurisprudencial, indicando que la jurisprudencia ha flexibilizado los estándares imperantes y los ha profundizado hacia esquemas de mayor liberalidad<sup>79</sup>.

Si bien el intento de señalar que la jurisprudencia estaría desarrollando su labor mediante un activismo judicial es un tema que escapa a lo estudiado en este trabajo, lo cierto es que, como abordaremos a lo largo de este capítulo y como se señaló en el capítulo previo, la jurisprudencia ha reaccionado más bien y en su sentido mayoritario en respaldar la discrecionalidad que otorga la ley a la administración, haciendo en la mayoría de los casos un examen de legalidad somero y mecánico, que además durante 2018 se levanta con mayor fuerza empalmado con la política pública de “ordenar la casa” que a partir de dicho periodo comienza a desarrollarse de manera más consciente y con un plan tendiente a su consecución.

Así, efectivamente, la ausencia de una política legislativa en materia de migración, cuyo espacio ha sido llenado por la administración, habilitada por el DL 1904 y por la falta de una legislación sistemática que regule el acceso a derechos, ha entregado a los tribunales superiores de justicia un rol de decisión respecto de los derechos de las personas migrantes. Frente a ello, y al contrario de los resquemores indicados en la columna citada y adelantando las conclusiones del presente trabajo, lo cierto es que la jurisprudencia no ha actuado de forma decidida en torno a la protección de los derechos fundamentales de los migrantes, sino por el contrario, ha hecho eco de una política securitaria en materia de migración.

## **1. Periodificación de la política migratoria**

Para analizar el tema presentado en los apartados anteriores, se utilizará la sistematización y periodificación realizada por el profesor Eduardo Thayer, quien ha definido tres etapas de políticas migratorias desde la vuelta a la democracia. Dos serán objeto de análisis por corresponder con los años de jurisprudencia que han sido analizados en la presente investigación.

Así, la primera de estas etapas se ha denominado “la política por defecto”, de 1990 a 2003. Su principal rasgo es la baja actividad del ejecutivo en materia de políticas migratorias<sup>80</sup>, existiendo escasas medidas y poco vinculadas unas con otras, siendo el hito

---

<sup>79</sup> García, Juan Francisco. (2014). Jurisprudencia y política migratoria. El mercurio. Disponible en <https://lyd.org/opinion/2014/07/jose-francisco-garcia-jurisprudencia-y-politica-migratoria/>

<sup>80</sup> Thayer, Luis Eduardo. (2021). “Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile”. Migraciones internacionales. Vol. 12. (2021). Forthcoming.

inicial de este periodo la suscripción a la Convención Internacional para la protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1993, concluida su ratificación por Chile en 2003. Este período ha quedado fuera de las sentencias analizadas, por lo tanto, no se ahondará en la caracterización realizada.

El segundo período, es denominado “la política del estado del ánimo” por Eduardo Thayer, Fernanda Stang Alva y Charlene Dilla Rodríguez en su texto “La política del estado de ánimo”. La debilidad de las políticas migratorias locales en Santiago de Chile”, va desde el 2003 al 2017. Se ha denominado de esta forma porque las medidas ejecutadas en estos años estuvieron sujetas a las disposiciones y voluntades de funcionarios y autoridades de turno<sup>81</sup>, por sobre un diseño de política pública, con objetivos fijados y plan estratégico. Así, se señalarán aquellas medidas relevantes para los objetivos del presente trabajo.

El inicio de este período está marcado por la ratificación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los Trabajadores migrantes y sus familiares. Adicionalmente, inauguran este periodo la dictación de la circular N°1179 que garantiza el acceso a educación a niños, niñas y adolescentes (NNAs) irregulares y la resolución 6332 del mismo año que asegura el acceso a salud de mujeres embarazadas en situación irregular; cuestiones que, de acuerdo a lo señalado por Thayer, constituirían una discriminación institucional, en el sentido de “estar dirigidas a grupos específicos, mujeres embarazadas y menores de edad, y no a la población migrante en general, supone una limitación en la extensión del derecho”<sup>82</sup>.

Por otro lado, a lo largo de los años se reconocen distintas políticas migratorias que han apuntado a mejorar el acceso a ciertos derechos a parte de la población migrante, como por ejemplo dos los instructivos presidenciales emitidos durante los gobiernos de Michelle Bachelet, en 2008 y en 2015, respectivamente, reconociendo que Chile se ha vuelto un país receptor de una cantidad relevante de inmigrantes, lo que denomina como “una nueva migración”, conformada especialmente por mujeres de procedencia sudamericana y con una finalidad laboral<sup>83</sup>.

En esa misma línea, el jefe del Departamento de Extranjería y Migración (DEM) durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet, Rodrigo Sandoval Ducoing, señaló que

---

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Morales, Natalia. (2019). “Derechos de los migrantes y sus familias en la jurisprudencia chilena. ¿Se utiliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para ampliar su ámbito de protección?”. [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Santiago, Universidad de Chile.

se definieron tres líneas matrices para la gestión migratoria: la primera, sobre la necesidad de modificar la ley migratoria bajo un enfoque de derechos, destacando el respeto de los derechos humanos de los migrantes y su inserción social y económica; la segunda, sobre la necesidad de coordinar a los órganos de la administración para un Sistema Nacional de Migraciones; y la tercera, adaptar la gestión del DEM a la jurisprudencia producida por la Corte de Justicia<sup>84</sup>. Sin embargo, como se verá más adelante, eso no se tradujo en menos decretos de expulsión, lo que se reconoce durante todos los años analizados, y, como ha señalado también Eduardo Thayer, es muestra del tensionamiento propio de dicho período político.

En ese sentido, si bien en la práctica se presentó un proyecto de nueva ley migratoria durante el gobierno de Sebastián Piñera en 2013, y otro durante el gobierno de Michelle Bachelet en 2017, ninguno de estos prosperó durante el respectivo período. Es más, se reconoce que una de las principales medidas administrativas entre 2010 y 2014 fue la imposición del requisito de visa consular por motivos de turismo a los ciudadanos dominicanos<sup>85</sup>, la que luego se extendió a ciudadanos haitianos, venezolanos y cubanos en el año 2019.

De esta manera, se trata de un período ambivalente en su tratamiento respecto a la política migratoria, sin un diseño institucional claro ni en sus objetivos ni en su desarrollo, más allá de las declaraciones hechas por autoridades de turno, las que además se encontraron con las restricciones que se presentan en el DL 1904 y que la administración de turno siguió sujetándose a la discrecionalidad que el DL permite.

El tercer período se denomina la política de “ordenar la casa”, que va desde el 2018 a la fecha. Se la ha caracterizado por la voluntad del poder ejecutivo de priorizar una agenda en materia de migraciones<sup>86</sup>, reconociendo que el objetivo principal se reconduce al control fronterizo, haciendo uso de lo señalado por el DL1904, el que si bien ha sido modificado durante el 2021 por la promulgación de la nueva ley de migración, igualmente y previo a ello, derivó en una amplia utilización de dichas facultades.

De esta manera, se reconoce que en este período existió un diseño político estratégico desde lo comunicacional hasta lo legislativo y, por supuesto, también, desde la

---

<sup>84</sup>Sandoval, Ricardo. (2017). “Una política migratoria para un Chile cohesionado”. Disponible en: [https://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/01/Libro\\_La\\_migracion\\_internacional-39-49.pdf](https://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/01/Libro_La_migracion_internacional-39-49.pdf)

<sup>85</sup> Thayer, Luis Eduardo. (2021). “Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile”. Migraciones internacionales. Vol. 12. (2021). Forthcoming.

<sup>86</sup> Ibid.

administración. Así, es posible reconocer que ya a mediados de 2018 el segundo gobierno de Sebastián Piñera señalaba como propósito declarado la expulsión de a lo menos 2000 migrantes<sup>87</sup>, comenzando así con la política de expulsiones masivas, las que se reconocen hasta la fecha y que a través del discurso público se ha vinculado a la migración con clandestinidad, ilegalidad, entre otros.

Dentro de otras medidas, este periodo se caracteriza también por establecer selectivamente requisitos de ingreso a migrantes por nacionalidad o nivel de calificación,<sup>88</sup> estableciéndose visas consulares para ciudadanos haitianos, venezolanos y cubanos (sumadas a las establecidas en 2012 a ciudadanos dominicanos), lo que, como ha señalado en otros trabajos el mismo Thayer, sólo ha significado el aumento de ingreso clandestino, pasando de 2.905 personas en 2017 a casi 9.000 en 2019<sup>89</sup>.

En síntesis, los tres períodos analizados se diferencian, en lo medular, por la planificación central de una política en torno a la migración. Mientras en el primer período se reconoce una política por defecto sin un plan claro y sin que la migración sea siquiera considerado como tema dentro de los gobiernos, en la segunda etapa se reconoce un esfuerzo, al menos discursivo, por parte de algunas autoridades de avanzar en un reconocimiento de derechos impulsando algunas medidas para ello que, sin embargo, no pasaron de lo discursivo y se vieron tensionados en su materialización por las restricciones de la misma ley y que, por otro lado, terminaron profundizando la discriminación institucional. En el último período, se reconoce una planificación de la política migratoria que prioriza la política de seguridad nacional que se reconoce en el DL 1904 y de control de fronteras.

## **2. El devenir de la jurisprudencia en los periodos de la política migratoria**

Establecida la periodificación anterior, cabe preguntarse cuál ha sido el impacto que cada uno de estos periodos y la política migratoria articulada en ellos ha tenido en la jurisprudencia de las Cortes de nuestro país en materia migratoria, o, planteado desde otro modo, si el poder judicial desde las Cortes ha reproducido el tratamiento que el poder ejecutivo ha asumido respecto de la migración.

---

<sup>87</sup> Polloni, Leonardo y Rojas, Oscar. (2018). Expulsión de Migrantes y Vulneración de Derechos. Revista Sur. Disponible en <https://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2018/08/expulsion-de-migrantes-y-vulneracion-de-derechos/>

<sup>88</sup> Thayer, Luis Eduardo. (2021). "Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile". Migraciones internacionales. Vol. 12. (2021). Forthcoming.

<sup>89</sup> Ibid.

Si bien en el presente trabajo se ha optado por un análisis principalmente cualitativo que fue desarrollado extensamente en el segundo capítulo del presente trabajo, se expondrán a continuación datos presentados de manera cuantitativa para efectos de contextualizar y permitir el análisis de las decisiones emanadas por los tribunales desde una óptica multidimensional considerando los tipos de recursos, la cantidad de recursos acogidos y rechazados y el contenido de dichas decisiones vinculando todo ello a la periodificación ya señalada.

Así, en el proyecto ANID PIA SOC 180008 se han recopilado 631 sentencias tanto de las Cortes de Apelaciones de todo Chile como de la Corte Suprema las que se han distribuido a lo largo de los años de la siguiente forma:

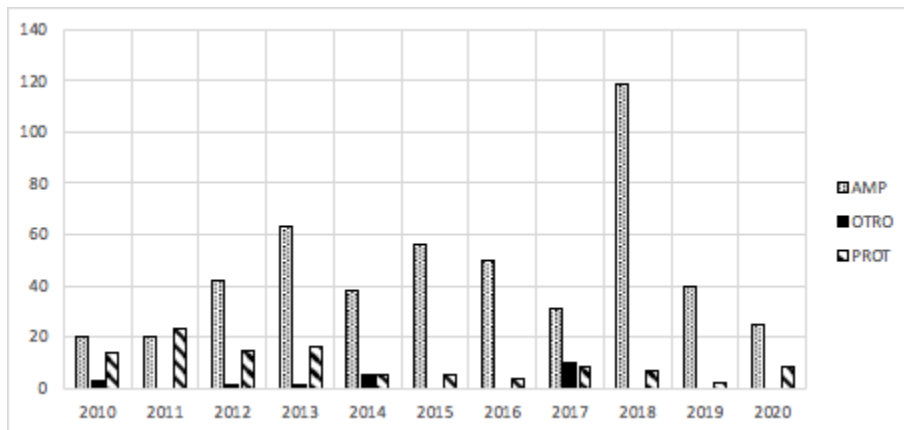
**Tabla 1. Sentencias recopiladas por año**

Año	Cantidad de causas
2010	37
2011	43
2012	58
2013	80
2014	48
2015	61
2016	54
2017	49
2018	126
2019	42
2020	33
<b>Total</b>	<b>631</b>

Fuente: Elaboración propia

De estas, el **gráfico N°1** indica cómo se han distribuido las acciones presentadas por personas migrantes entre recursos de amparo y de protección, calificando en “otros” distintas acciones que no han sido consideradas para el análisis realizado en el capítulo anterior, como acciones de reclamación de expulsión o reclamación de nacionalidad. En este se da cuenta de que la mayoría de las acciones se refieren a acciones de amparo, destinadas a proteger la libertad personal y seguridad individual. Del análisis de estas, se reconoce que la gran mayoría se presentan a propósito de órdenes de expulsión dictadas por la administración, solicitando que estas se dejen sin efecto.

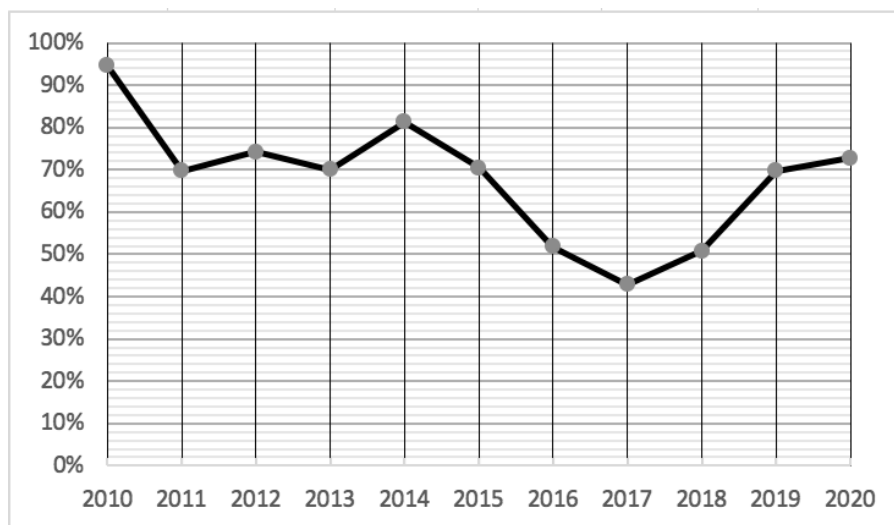
**Gráfico 1. Recursos de amparo y de protección presentados**



Fuente: Elaboración propia

Por otro lado, el resultado de dichas acciones se distribuye de la forma señalada en el **gráfico Nº 2**, reconociéndose que el porcentaje de rechazo de las acciones intentadas por personas migrantes fue disminuyendo hacia el 2017, mientras que en el 2018 vuelve a aumentar la cantidad de recursos rechazados.

**Gráfico 2. Acciones rechazadas por año**



Fuente: Elaboración propia

Así, se reconocen dos momentos respecto al porcentaje de acciones rechazadas en el período analizado. Por una parte, se observa un primer período del 2010 a 2017 en el que existe una disminución notoria en las acciones rechazadas (con un leve aumento en el año 2014), siendo igualmente la tendencia formalista la que ha predominado la mayoría del

tiempo. Y luego, existe un segundo momento en el que se reconoce un alza sostenida en el porcentaje de acciones rechazadas.

### **2.1. El “estado del ánimo” de la jurisprudencia: tendencia a la baja del rechazo de acciones de migrantes de 2010 a 2017**

Es posible afirmar que durante el período que se ha denominado como la política del estado de ánimo, se reconoce una proyección a la baja del rechazo de las acciones presentadas por sujetos migrantes durante esos años. Sin embargo, ello solo nos lleva a una consideración numérica, pues de su análisis cualitativo, podemos indicar que no se reconoce que se hayan incorporado nuevos argumentos que caracterizan a dicho período.

En cuanto a cuestiones que caracterizan el período señalado, uno de los hitos más importantes es la ratificación de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Sin embargo, este no tuvo mayor impacto en la jurisprudencia y no ha sido recogido de manera relevante en las sentencias analizadas.

En este mismo sentido, sólo es posible reconocer una incorporación más bien aislada de la Convención en el 2011 a través de una acción de protección acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago para hacer referencia a lo que dicha Convención entiende por familiares, sin que ello fuera, en definitiva, gravitante para la decisión final de la Corte<sup>90</sup>.

En esa misma línea, podemos señalar que dicha normativa ha sido citada en pocas ocasiones por la Corte Suprema, siendo una de ellas la causa ROL 3990-2017 en la que se solicita se deje sin efecto una orden de expulsión en contra de una persona migrante que ha permanecido en Chile por más de 40 años, pero que cuenta con una orden de expulsión en su contra con motivo de una condena que fue cumplida el 2001, es decir, 16 años antes del inicio del proceso de amparo. En ese orden de cosas, la Corte razona de la siguiente forma:

7°.- Que, por otra parte, el artículo 22 N° 4 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares dispone que cuando una autoridad judicial dicte una decisión definitiva, los interesados tendrán derecho a exponer las razones que les asistan para oponerse a su expulsión, así como a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se

---

<sup>90</sup> En esa misma línea, SCA Santiago ROL 19-2013 de fecha 21 de enero de 2013.

opongan a ello. Hasta tanto se haga dicha revisión, tendrán derecho a solicitar que se suspenda la ejecución de la decisión de expulsión.

De todas maneras, se reconoce que es una incorporación novedosa, pues hace referencia a la necesidad de un procedimiento razonable para oponerse a la expulsión, cuestión que se sustenta en la Convención.<sup>91</sup>

Por otro lado, tenemos que otras de las características del período son políticas aisladas, algunas con mayor o menor reconocimiento de derechos de ciertos grupos de migrantes, como es el caso de los oficios N° 1179 y 6323 del Departamento de Extranjería y Migración “que tienen por objetivo declarado reducir de manera creciente la discriminación de que son objeto los ciudadanos extranjeros que residen en nuestro país”<sup>92</sup> y que en palabras de Thayer han significado una discriminación institucional por el reconocimiento de derechos a ciertos grupos de migrantes, excluyendo de esa forma el acceso a ellos por parte de otros grupos. Si bien estos precedentes no son vinculantes para la jurisprudencia, aquello que motivan dichos oficios se reconocen también en un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en causa ROL 1212-2015, en que al conocer una acción de protección para evaluar la conformidad a derecho de la decisión de un recinto de salud pública de negar un examen de urgencia a una mujer migrante que cursa un embarazo de alto riesgo, termina por acoger la acción, reconociendo que el Hospital Regional de Antofagasta vulnera el derecho a la vida de la migrante, sosteniendo así la obligación del estado de prestar atención de salud gratuita, haciendo énfasis en su condición de embarazada más que de ciudadana a la que le corresponde igualmente el reconocimiento del derecho a la vida con independencia o no de dicha condición de maternidad.

De esta manera, se reconoce que durante este período hay una disminución en el número de acciones rechazadas, en la que la argumentación discurre entre las tendencias presentadas en el capítulo anterior, con una prevalencia de la tendencia formalista pero que va a la baja a lo largo de los años. Sin embargo, no es posible señalar que dicha baja se relacione con argumentaciones que se vinculen a cuestiones debatidas o posturas desde la administración que fueron descritas en el apartado anterior, como por ejemplo en cuanto a los lineamientos presentados por el DEM.

---

<sup>91</sup> Es necesario destacar que aún siendo una sentencia de reconocimiento de derechos, igualmente fue acordada con el voto en contra de dos ministros (Cisternas y Dahm) quienes estuvieron por confirmar la sentencia apelada por, según su fundamentación, haberse dictado la expulsión de conformidad al artículo 15 N°6 del DL 1904, es decir, bajo los argumentos de la tendencia formalista.

<sup>92</sup> Thayer, Luis Eduardo. (2021). “Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile”. Migraciones internacionales. Vol. 12. (2021). Forthcoming.



## **2.2. Punto de quiebre: ¿orden de la casa desde la jurisprudencia?**

Es relevante destacar que, como se aprecia en el gráfico N° 3, en el 2018 hay un punto de quiebre en la tendencia a la baja que se venía reconociendo desde 2010 (a pesar del leve aumento en 2014).

Si bien creemos que este notorio y abrupto cambio en la tendencia jurisprudencial no es posible atribuirlo directa ni únicamente al cambio de la política migratoria expresada en lo que Thayer describe como la intensificación del relato emanado desde el poder central en miras a “ordenar la casa”, lo cierto es que ya sea porque si existió una influencia directa de dicha política migratoria del periodo en la jurisprudencia, o porque se generó un determinado ambiente respecto al fenómeno migratorio, o incluso si se plantea que es mera casualidad, a partir del 2018 existe una coincidencia, tanto a nivel del ejecutivo mediante la administración del Estado, como a nivel de la jurisprudencia en un trato hostil hacia la migración.

Así, frente a la pregunta sobre la relación entre las etapas de política migratoria y las resoluciones de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, podemos anticipar una respuesta: es posible notar un correlato entre la definición de una política migratoria planificada de manera central a partir del periodo de “ordenar la casa” desde el 2018 y un auge al rechazo de las acciones migratorias por parte de la jurisprudencia.

Por otro lado, es necesario destacar que, si bien se reconoce un aumento del porcentaje de acciones rechazadas, este cambio sólo es posible analizarlo desde el punto de vista cuantitativo, pues lo cierto es que desde el punto de vista de las argumentaciones, descritas en el capítulo previo, no se observan variaciones significativas. Así, los resultados de la investigación demuestran que para el caso de acciones que han sido rechazadas desde 2018 en adelante, siguen sosteniéndose los argumentos basados en la discrecionalidad administrativa, ajuste a la ley y al haber estado autorizadas las actuaciones por autoridad competente dentro del ejercicio de sus funciones.

En definitiva, como se ha señalado por Thayer, “en la tercera fase, iniciada en 2018 el ejecutivo ha buscado establecer una continuidad de sentido y objetivos entre la ley y la política, mediante un giro en ambos niveles hacia un enfoque restrictivo y centrado principalmente en la gestión de la frontera”, y podemos agregar, a partir del análisis realizado, que la aproximación desde la jurisprudencia ha ido en el mismo sentido durante este período.

Sin embargo, y a pesar de no ser un año en que se haya recopilado ni estudiado fallos de manera sistemática como lo que se hizo respecto del período 2010-2020, es necesario destacar que se ha reconocido también desde los medios de comunicación, que durante el 2021 la Corte Suprema ha realizado importantes pronunciamientos a través de su presidente, Guillermo Silva Gundelach, quien, ante la interposición de recursos de amparo urgentes, ha señalado la necesidad de que las Cortes de Apelaciones se reúnan también en días inhábiles por la posibilidad cierta de que la administración ejecute las expulsiones durante esos días, o también el reconocimiento que algunos medios han hecho de la labor realizada por la labor de la Corte al señalar que las expulsiones colectivas son ilegales<sup>93</sup>, cuestión que, sin embargo, escapa a lo analizado en el presente trabajo aunque parece relevante hacer mención a ello.

### **3. Vínculo entre la jurisprudencia y expulsiones administrativas**

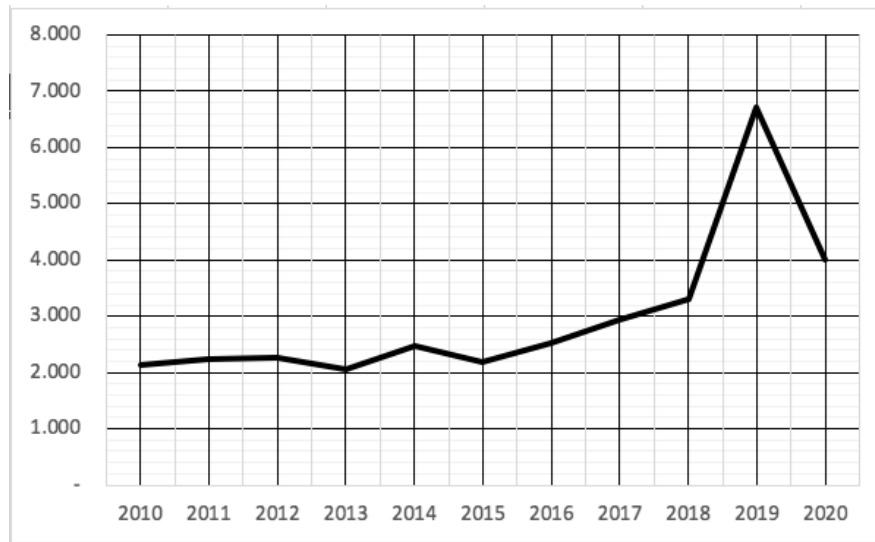
Otra de las dimensiones relevantes a analizar entre el vínculo de la jurisprudencia y el rol que ha jugado el poder ejecutivo, y que permite dar luces de cómo la jurisprudencia se ha enfrentado a los sujetos migrantes, es la cuestión respecto a la cantidad de expulsiones decretadas, cuántas de estas son conocidas por medio de acciones de amparo, y quienes son los migrantes que se acercan a la justicia.

En ese sentido, como se ha indicado, si bien la presente investigación ha analizado tanto acciones de protección como de amparo, es importante detenerse en aquellos casos de expulsiones pues constituyen el problema jurídico principal que se ha presentado ante tribunales respecto de sujetos migrantes.

---

<sup>93</sup> Sanhueza, Ana María. (2021). Los criterios de la Suprema para rechazar expulsiones de migrantes. Recuperado en <https://www.pauta.cl/nacional/corte-suprema-fallos-migrantes-expulsiones-ministerio-del-interior>

**Gráfico 3. Expulsiones Administrativas Decretadas**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la PDI

Así, en el gráfico N°3 se da cuenta del número de expulsiones decretadas por la administración durante los años analizados. Se observa un aumento considerable durante el año 2018, teniendo su punto más elevado en el 2019, lo que se explica en el plan impulsado por el gobierno de la época bajo la política que se ha denominado bajo el rótulo de “ordenar la casa”. La cantidad se condice también con el discurso y con los objetivos que definió el gobierno de Sebastián Piñera, siendo altamente vociferadas cuestiones como la fijación de una “meta” de expulsar a 2000 migrantes en el 2018.

Por otro lado, es relevante señalar que estas expulsiones se refieren a aquellas que han sido decretadas por la administración, de las que no consta necesariamente que se hayan notificado y menos aún que se hayan ejecutado. Es decir, se tratan sólo de aquellas que dan cuenta de la emisión de un decreto de expulsión, lo que a nuestro juicio, busca más ser un mensaje con intenciones mediáticas en un intento de dar la señal de que se está cumpliendo la meta señalada en el párrafo anterior, mas no necesariamente con que sea una política que realmente se lleve a cabo. Es decir, tiene un objetivo comunicacional y discursivo por sobre la cifra real de expulsiones ejecutadas.<sup>94</sup>

Como se ha señalado por parte del Observatorio de Políticas Migratorias (OPM) en sus boletines N°4 y N°5, la mayoría de las expulsiones se derivan de las sanciones

<sup>94</sup> Al respecto, es interesante el trabajo realizado por el Observatorio de Políticas Migratorias en su Boletín N°5 en el que se aborda la cuestión respecto al estado de vulnerabilidad en el que se posicionan aquellos migrantes respecto de los que se ha decretado una orden de expulsión pero que no se ha ejecutado, llamados “expulsables”.

administrativas ante vulneraciones al DL 1904. Sin embargo, las que son más ejecutadas no corresponden necesariamente con las personas de nacionalidades que más denuncias por ingreso clandestino presentan, lo que debería traducirse en una expulsión por la política migratoria reinante, la que afecta mayoritariamente a migrantes proveniente de Venezuela, Cuba y República dominicana<sup>95</sup>, por la creación de visas consulares. Al contrario, los datos demuestran que las expulsiones ejecutadas son en mayor cantidad a personas de nacionalidad boliviana o colombiana.

Así, en un sentido similar, ha sido interesante también indagar cuáles son los colectivos de migrantes que más recurren a los tribunales superiores en consideración de su nacionalidad, permitiendo ahondar en el análisis respecto al enfrentamiento de los tribunales con los sujetos migrantes ya no desde sus argumentaciones, sino desde la nacionalidad de quienes recurren por verse afectados por políticas migratorias. Esto quiere decir que, considerando que la mayoría de las acciones presentadas son amparos, es relevante abordar la cuestión acerca de quiénes son los que más recurren para que se dejen sin efecto las órdenes de expulsión en su contra, lo que, como se ha dado cuenta previamente, es generalmente rechazado. Así, se plantea la pregunta acerca de si son más expulsados o denunciados, quienes más recurren a la justicia.

**Tabla 2. Nacionalidades de los recurrentes**

AÑO	COLOMBIA	CUBA	BOLIVIA	ECUADOR	HAITI	PERU	REP. DOMINICANA	VENEZUELA	OTROS	Total general
2010	3	2	1	2		16	1	1	11	37
2011	11	2		1		14	1		14	43
2012	13	1	4	2	4	16	4		14	58
2013	26	2		4	1	26	7		14	80
2014	15		3		1	11	7		11	48
2015	20	2	3	3		13	9		11	61
2016	17		4	2	1	9	11		10	54
2017	16		2	2		6	13		10	49
2018	33	9	15	7	2	16	12	9	23	126
2019	16	6				4	3	4	9	42
2020	11	9				2		7	4	33
<b>Total</b>	<b>181</b>	<b>33</b>	<b>32</b>	<b>23</b>	<b>9</b>	<b>133</b>	<b>68</b>	<b>21</b>	<b>131</b>	<b>631</b>

Fuente: Elaboración propia

Respecto a los colectivos más expulsados, el trabajo del Observatorio de Políticas Migratorias indica que los colectivos más expulsados son colombianos y bolivianos, luego

<sup>95</sup> Observatorio de políticas migratorias, Boletín nº5, pág.2.

ciudadanos de República Dominicana, Venezuela y Cuba, lo que se explicaría en el requisito impuesto a estos colectivos de contar con visa consular. Por otro lado, y como se observa en la tabla N°2, quienes más se enfrentan a la justicia para, en general, reclamar respecto a que se dejen sin efecto órdenes de expulsión son personas colombianas, lo que se condice con ser el colectivo más expulsado. Luego, quienes más accionan son ciudadanos peruanos, que no son el colectivo más expulsado, por lo que podría señalarse que, si bien la condición de expulsable es vulneratoria, estos al menos logran acceder a la justicia y con ello, al menos una parte de ellos, logra evitar las expulsiones.

Le siguen los migrantes dominicanos y cubanos, quienes se han visto afectados por denuncias que, en base a lo señalado por el OPM, se debe “al impacto selectivo que tienen las políticas sobre los distintos colectivos nacionales”, lo que en estos casos se refiere al requisito de visa consular que pesa sobre estos colectivos.

Uno de los datos que logran vislumbrarse que más llama la atención es respecto a la población boliviana. Esto porque, por una parte, son el colectivo que más ha estado expuesto a expulsiones ejecutadas, por otro lado, uno de los colectivos que representa una cifra alta dentro de quienes son denunciados por ingresos clandestinos (aunque no el principal), sin embargo son quienes presentan uno de los índices más bajos de acceso a la justicia, siendo uno de los colectivos que menos acciones presenta, por lo tanto, se considera un grupo de mayor vulnerabilidad al no hacer efectivo este segundo derecho fundamental.

Es importante dejar consignado que del total de fallos analizados, en 59 de ellos no se indica en la resolución de las Cortes la nacionalidad.

#### **4. Conclusiones del capítulo**

A pesar de que no parece posible, a partir de los datos comentados, aseverar que la jurisprudencia ha variado su forma de resolver los casos que se le presentan por parte de migrantes, por ser un período aún en desarrollo, es posible reconocer un punto de quiebre durante el 2018 en la tendencia que se venía reconociendo desde 2014.

De esta manera, y como conclusiones relevantes a indicar a partir del análisis realizado, señalar, primero, que hubo un período en la jurisprudencia en que se reconoce una tendencia a la baja en los rechazos de las acciones presentadas por sujetos migrantes, no variando significativamente las consideraciones por las que las Cortes sustentan su decisión sino solo en número. Así, es posible reconocer una diferencia o cambio de

tendencia que se limita al ámbito cuantitativo, porque los argumentos que se reconocen discurren en las mismas tendencias presentadas en el capítulo anterior manteniéndose invariables en cuanto a sus fundamentos.

Esto quiere decir que si bien el año 2018 constituye un punto de quiebre en cómo venían fallando las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, la justificación del rechazo de estas acciones sigue sustentándose en la discrecionalidad administrativa, ajuste a la ley y por el haber sido autorizadas las actuaciones por autoridad competente dentro del ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, a partir de las sentencias recopiladas en el proyecto, se ha analizado la relación entre las acciones conocidas por las Cortes y las expulsiones administrativas decretadas, buscando responder a la interrogante sobre si son los colectivos de migrantes más expulsados, o “expulsables”; lo que ya significa una situación de vulnerabilidad- quienes más recurren a la justicia. Lo cierto es que quienes más recurren son ciudadanos colombianos, quienes a su vez, son uno de los colectivos más expulsados pero no más denunciados. Y que quienes menos recurren, siendo la población más expulsada, son los ciudadanos bolivianos, aumentando así su vulneración, pues además de ser expulsados, su derecho al acceso a la justicia no está siendo efectivo, cuestión que por lo demás, no es considerada por las Cortes según los criterios analizados en el segundo capítulo.

A modo de reflexión, parece relevante plantear la cuestión acerca de los motivos de ese cambio. Es posible vislumbrar posibles respuestas, por ejemplo, la influencia que puedan tener los objetivos señalados por el gobierno de Sebastián Piñera respecto a aumentar la expulsión de migrantes, la influencia del discurso público en la decisión de los tribunales o el aumento del flujo migratorio en el país. Si bien la respuesta a ello escapa de los objetivos de este proyecto, parece necesario plantear la necesidad de que esto sea estudiado.

## CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

En el presente trabajo se ha intentado analizar cómo se enfrentan los jueces de las Cortes de nuestro país frente a los sujetos migrantes a través de sus sentencias, y evaluando si es que se reconoce o no el carácter de sujeto de derechos, en cuyo caso se logró comprender los argumentos para reconocer aquello, para finalmente indagar la relación existente entre el desarrollo jurisprudencial y la política migratoria durante los años analizados.

En primer lugar, se reconoce que la jurisprudencia hace un uso “neutro” del concepto que se utiliza para referirse a los sujetos migrantes, lo que hemos llamado consideraciones del sujeto migrante, refiriéndose a este en la mayoría de los casos en su calidad de interviniente dentro de la acción cautelar, utilizando la palabra “recurrente” o “amparado” dependiendo de la acción. En menor medida se hace referencia a la nacionalidad para efectos de permitir la individualización de la persona. Así, la nomenclatura utilizada para referirse a sujetos migrantes ha sido más bien la de *extranjero* adoptando así la voz utilizada en el DL 1904.

En cuanto al propósito de lograr identificar cómo se enfrentan los jueces de los tribunales superiores de justicia a los sujetos migrantes, se han identificado dos tendencias jurisprudenciales: la primera de ellas, que es la que se reconoce en la gran mayoría de los casos, de carácter legalista o formalista que se caracteriza por hacer una aplicación irrestricta de las facultades de la administración. Llama la atención que tratándose, en la amplia mayoría de los casos analizados, de personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad en la que concurren múltiples factores como pobreza e irregularidad, en muchos casos el análisis que hacen los tribunales del caso a caso no avance más allá de la argumentación mecánica y recurrente, sobre que la actuación ha sido dictada por “autoridad competente dentro del ejercicio de sus funciones”. Es más, es posible reconocer que en numerosos fallos el razonamiento se reproduce de forma literal, no observando la historia de cada sujeto que acude a un tribunal en situaciones de extrema vulneración a sus derechos humanos, no apareciendo así, que las Cortes en general desenvuelvan una argumentación en ese sentido.

Por otro lado, se ha reconocido una tendencia minoritaria que termina por acoger las acciones presentadas, reconociendo los derechos de los sujetos migrantes, referidos en la mayoría de los casos al resguardado en el artículo 19 N°7 de la Constitución. Esta tendencia se caracteriza por la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos

Humanos a través de los tratados ratificados por Chile, en especial la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, limitando de esta forma la discrecionalidad que permite el DL 1904 para el despliegue de la actuación de la administración. En esa misma línea, se observa con preocupación la ausencia en la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, reconociendo su aplicación en sólo uno de los fallos analizados.

A su vez, esta tendencia discurre en dos tipos de argumentaciones: la primera, en la que dicho reconocimiento depende de circunstancias externas al sujeto migrante, destacando circunstancias tales como el arraigo producto de contar con una fuente laboral o por las relaciones familiares que se mantienen en Chile, por la protección de los hijos e hijas de personas migrantes que residen en Chile y protegiendo su interés superior a través de mantener el vínculo, o bien porque ya han permanecido mucho tiempo dentro del país lo que haría desproporcionada aplicar cierta medida. Estas circunstancias se tratarían de circunstancias externas a los sujetos o vinculadas a terceras personas, supeditando entonces el reconocimiento de un derecho a ellas. En menor medida, y en casos aislados, ha existido un pronunciamiento desde el punto de vista de los derechos humanos del propio migrante, en un reconocimiento al principio de igualdad y no discriminación, siendo motivo suficiente y necesario para poder reconocer la calidad de sujeto de derechos a los sujetos migrantes.

Se concluye que la jurisprudencia ha tenido una opción para enfrentarse a los sujetos migrantes cuando del reconocimiento de su calidad de sujeto de derechos se trata, y ha optado mayoritariamente por la primera opción, descansando en la discrecionalidad que la ley le otorga a la administración en los casos de expulsiones, que son la mayoría de los casos analizados. De esta manera, si bien el tratamiento constitucional y de derechos humanos se puede calificar como garantista, toda vez que reconoce la igualdad de derechos de todas las personas sin discriminación por nacionalidad, lo cierto es que la jurisprudencia se ha alejado de dicho tratamiento a la luz de un diseño institucional, que fundado en la legislación dictada en dictadura y promovido también por las políticas públicas desplegadas durante los años analizados, no permiten considerar la titularidad de derechos de los sujetos migrantes.

En el sentido de lo señalado, se ha presentado una periodificación de la política migratoria durante los años analizados realizada por el académico Eduardo Thayer. Uno de



los hallazgos importantes es que de la muestra analizada en el proyecto se reconoce que del 2010 al 2017 disminuye el número de acciones rechazadas, dando un salto importante de aumento el 2018.

Si bien los datos no permiten evidenciar que la jurisprudencia esté fallando a la luz de la política migrante reinante en el momento, lo que sin duda requiere de un análisis pormenorizado y que no ha estado dentro de los objetivos de esta investigación, es importante reconocer dicho aumento y hace necesario que se continúe investigando el desarrollo jurisprudencial en torno a la materia, sobre todo cuando en el último tiempo ha sido posible reconocer un rol de mayor incidencia política por parte de la Corte Suprema a través de su presidente Guillermo Silva quien ha recordado que las expulsiones colectivas son contrarias a los derechos humanos<sup>96</sup>, ordenando además que las Cortes sesionen durante los fines de semanas cuando se trate de acciones interpuestas por hechos altamente vulneratorios como las expulsiones. Así, es un desafío analizar si la tendencia de aumento en el rechazo que se empezó a reconocer en 2018 se ha sostenido, o ha mermado a la luz de lo vociferado por el ministro Silva.

Si es posible aseverar que un conflicto político se ha intentado resolver mediante tribunales, lo que no es nuevo ni un caso aislado. Así, cuando la administración vulnera derechos de las personas, a través una política sumamente vulneratoria y castigadora como lo son las expulsiones, o la denegación de visas o de residencia, y esto se vuelve sistemático (en el uso coloquial de la palabra), ese problema político incide en el plano jurídico ya que, en última instancia, los sujetos migrantes han debido recorrer a las Cortes para que estas queden sin efecto, y estas han fallado en el sentido previamente expuesto.

Así, la hipótesis planteada en este trabajo consistente en el rol de la jurisprudencia en la configuración de una determinada identidad de los sujetos migrantes se confirma, en el sentido no auspicioso a la luz de los derechos fundamentales, por una negación del carácter de sujetos portadores de derechos fundamentales, por un lado, y, aún cuando la jurisprudencia a la luz del principio de igualdad, del interés superior del niño o de la proporcionalidad, lo ha hecho categorizando a los sujetos migrantes y amparando solamente a quienes cumplen determinados requisitos de carácter fáctico, y por

---

<sup>96</sup> El Mostrador. (2021), "Presidente de la Suprema recordó que expulsiones colectivas de inmigrantes empleadas por el Gobierno son "medidas prohibidas por el derecho internacional de los DD.HH". El demostrador. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/06/19/presidente-de-la-suprema-recordo-que-expulsiones-colectivas-de-inmigrantes-empleadas-por-el-gobierno-son-medidas-prohibidas-por-el-derecho-internacional-de-los-dd-hh/>

consiguiente, desamparando al resto, por otro. Se configura entonces una discriminación institucional que tiene su origen en la normativa nacional y se fortalece en políticas públicas orientadas a la seguridad nacional y control de fronteras, hacia los sujetos migrantes, lo que se aparta de la noción del constitucionalismo social del reconocimiento de sujetos migrantes portadores de derechos por el sólo hecho de ser sujetos pertenecientes a la comunidad internacional y a la humanidad.

Ello plantea el desafío de que aquellos casos de excepcionalidad estudiados en que se ha reconocido a los sujetos migrantes como sujetos de derecho por el solo hecho de ser sujeto, avancen a ser una tendencia mayoritaria dentro de nuestra jurisprudencia. Esto sin duda no depende solo de la propia jurisprudencia, sino de una política estatal en todos los niveles, gubernamental y legislativo, y en general del debate democrático de la sociedad sobre el deber de reconocimiento de los sujetos migrantes en las sociedades contemporáneas como sujetos de derechos.

La sociedad globalizada en la que vivimos ha generado una conciencia en torno a la necesidad de reconocer que más allá de la vinculación concreta de los ciudadanos con los estados nacionales estos son portadores de derechos humanos sea cual sea el territorio en el que transiten, que se plasma en diversos tratados internacionales que obligan a un tratamiento igualitario, y, por tanto, sujeto de derechos sin requerir de una cualificación posterior.

El Estado chileno, lejos de este estándar, no tiene una política de reconocimiento de los migrantes como sujetos de derechos pese a estar obligado a ello. Además de no brindar una política y legislación con perspectiva derechos humanos, tampoco hay un tratamiento sistemático en torno al tratamiento de las personas migrantes a partir de las distintas instituciones que interactúan con estos. Y sólo cuando ha aparecido en forma no sistemática, una política a partir de 2018 que se denominó “el orden de la casa” ha sido una política que se pone en las antípodas de la noción de reconocimiento de los migrantes como sujetos de derechos, y que los ve desde una óptica desafiante de la seguridad nacional y por tanto como elementos indeseados. Como señala Ferrajoli:

“las diversas legislaciones contra la inmigración reflejan un racismo institucional que se expresa en la radical asimetría que instituyen entre «nosotros» y «ellos» y que sirve para confirmar y, más aún, para fomentar los humores xenófobos y el racismo endémico presentes en el electorado de los países ricos, merced a la interacción que siempre existe entre derecho y sentir común. (...) como las presentes en la última ley italiana, se preocupan

de impedir las reagrupaciones familiares, o que elevan el número de años requerido para obtener la tarjeta de residencia, incrementan las complicaciones burocráticas para la renovación del permiso o disciplinan las expulsiones de forma unilateral y, por tanto, sin la menor consideración hacia las razones del inmigrado; en el estereotipo del inmigrado como sujeto peligroso y virtualmente criminal construido por la demagogia de la seguridad y diseñado por normas como las de la ley aludida sobre toma de huellas y expulsiones por razones de seguridad”<sup>97</sup>

Frente a esta situación, la jurisprudencia podría cumplir un rol, llenando el vacío de la política estatal y a través del artículo 5º de la constitución y de los tratados internacionales que reconocen el carácter de sujeto de derechos de los migrantes y fallar en reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, la jurisprudencia no ha seguido este estándar internacional de derechos humanos y muy por el contrario se ha hecho parte de las políticas gubernamentales de seguridad nacional utilizando argumentos formales para, en general, negar el carácter de sujeto de derechos a los sujetos migrantes.

En este escenario, existe la tendencia minoritaria instalada en general desde la Corte Suprema, que, a partir del principio de igualdad, ha comenzado a instalar la noción de los migrantes como sujeto de derechos, frenando la política gubernamental de expulsiones en nombre de la seguridad o de negación de ciertos derechos en función de la nacionalidad para tibiamente dar reconocimiento pleno a los derechos fundamentales de las personas migrantes.

Sin embargo, al ahondar en la fundamentación teórica y jurídica de esta tendencia más favorable desde una óptica de los derechos fundamentales, la conclusión sigue siendo la existencia de una discriminación institucional, esto por cuanto los fallos que protegen los derechos de personas migrantes, lo hacen no en consideración de su calidad de tal, sino a propósito de consideraciones de carácter fáctica vinculadas en general a otros sujetos, como sus cónyuges o hijos/as, grupos familiares en general, donde si existe vinculación con la nacionalidad del Estado de Chile. Ello es complejo, toda vez que entonces genera una división desde la perspectiva de la jurisprudencia respecto de los mismos sujetos migrantes. Por un lado, quienes a propósito de situaciones fácticas vinculadas a lazos familiares con personas con nacionalidad chilena pueden ser reconocidos como sujetos, y aquellos migrantes que no tienen dichos vínculos o situaciones fácticas, y que por tanto, no

---

<sup>97</sup> Ferrajoli, Luigi. (2011) “Principia Iuris. Teoría de la Democracia”. p. 344 y 345

son considerados a ojos de la jurisprudencia como sujetos portadores de derechos fundamentales dignos de ser reconocidos y amparados por nuestras Cortes.

Ello coincide con lo señalado por Ferrajoli, cuando a propósito de estas distinciones entre uno u otro tipo de migración señala que: “De este modo, la calificada por Norberto Bobbio como «época de los derechos», y de la máxima igualdad en *droits*, se está convirtiendo en la de la máxima desigualdad no sólo en el terreno material de las condiciones de vida, sino en el jurídico de las legislaciones nacionales. Desigualdad entre los ciudadanos y los no-ciudadanos que llaman a nuestras fronteras pero también, dentro de nuestros países, entre ciudadanos *optimo iure*, semi-ciudadanos más o menos regularizados de manera estable, no-ciudadanos y no-personas clandestinas”<sup>98</sup>.

Esta situación, en definitiva, erosiona nuestra democracia. Este nuevo racismo institucional con expresión en las políticas y las leyes de exclusión, expulsión y discriminación, fortalecidos en el enfrentamiento de los tribunales superiores que han optado por una resolución legalista de estos conflictos, tiene hoy el riesgo de minar de raíz nuestras democracias, pero el desafío de avanzar en el reconocimiento de los sujetos migrantes como sujetos de derechos a la luz de los derechos humanos pero también de una nueva institucionalidad que permee a todos los poderes del Estado.

---

<sup>98</sup> Op. Cit. Pág. 342

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTIRNA

- Bernal Gómez, Daniel. (2020). "Manual de Derecho Internacional, cap. 5".
- Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas. (1968). "La construcción social de la realidad". Buenos Aires: Amorrortu.
- Carrasco Fuentes, Pablo. (2012). "Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa". *Revista de Derecho Público* (vol. 77). Pág. 67-78. doi:10.5354/0719-5249.2014.30917
- Cea, José Luis. (1992). "Revisión de la teoría constitucional". *Revista de Derecho*, III N° 1-2. Pág. 79-96. Consultado de <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3188/2610>
- . *Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, 1984. Pág. 7-16.
- Feldman-Bianco, Bela; Rivera Sánchez, Liliana; Stefoni, Carolina; Villa Martínez, Marta Inés; compiladoras. (2011). "La construcción social del sujeto migrante en América Latina. Prácticas, representaciones y categorías". Quito, Ecuador: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Ferrajoli, Luigi. (2001). "Los fundamentos de los derechos fundamentales". Madrid: Trotta.
- . *Principia iuris. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011.
- . *Principia iuris. Teoría de la Democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- Figueroa Yáñez, Gonzalo. (2010). "Curso de Derecho Civil. Tomo I". Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- García Martignon, Cynthia Viridiana. (2012). "La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, representaciones y categorías". *Migraciones internacionales*, 6(4), 295-299. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-89062012000400012&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062012000400012&lng=es&tlng=es).
- Galdámez, Liliana y Lages, Rita (dir.). (2016). Informe temático "Migración y derechos humanos en Chile". Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- Guzmán Brito, Alejandro. (2002). "Los orígenes de la noción de sujeto de derechos". *Revista de estudios histórico-jurídicos*. (24), 151-247. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400007>
- Lages, Rita. (2019). "Migración internacional y derecho: una reflexión en clave de Derechos Humanos". *Revista anales*. (16), 27-45. Doi:10.5354/0717-8883.2019.54720

- Messineo, Francesco y Sentis, Santiago. (1979). Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires: Ejea.
- Mosquera, Mario y Maturana, Cristian. "Los Recursos Procesales". Santiago, Editorial Jurídica., reimpresión 2ª edición.
- Naciones Unidas. "Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de justicia 1948-1991". Disponible en: [http://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st\\_leg\\_serf1.pdf](http://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf)
- . Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para Chile. CMW/C/CHL/CO/1. 2011.
- . Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares para Chile. CMWC/CHL/CO/2.2021.
- Núñez Varón, Jaidivi, & Córdoba Ordóñez, Mario. (2006). "La justicia como construcción social: requisito para pensar la paz." *Diversitas*, 2(1), 124-137. Disponible en: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-99982006000100009&lng=pt&tlng=es](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-99982006000100009&lng=pt&tlng=es).
- Observatorio de Políticas Migrantes. (2021). Boletín N°5. Disponible en: <https://anillosmigraciones.cl/boletin-n-5-del-observatorio-de-politicas-migratorias/>
- . Boletín N°4, 2021. Disponible en: <https://anillosmigraciones.cl/boletin-n-4-observatorio-de-politicas-migratorias-expulsados-y-expulsables-precarizacion-selectiva-de-la-politica-de-frontera/>
- ONU Migración. (2019) "Informe sobre las migraciones en el mundo". Ginebra: organización internacional para las migraciones.
- . Glosario sobre migración. (2014). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf>.
- Paucar, Laura. (2015). "René Cassin y la Universalidad de los Derechos Humanos de 1948". Puente democrático. Disponible en: <https://www.puentedemocratico.org/documentos/Documento53pd.pdf>
- Pascual, Tomás. (2020). "La desprotección de los derechos humanos en contexto de movilidad humana en Chile: Expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional". *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16 núm. 2. Págs 381-410.
- Pérez-León, Juan Pablo. (2008). "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo". *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 599-642. Disponible en:

[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100018&lng=es&tlng=es).

Ríos, Rodrigo. (2018). "La Acción de Amparo". Thompson Reuters, Santiago.

Ruiz-Tagle, Pablo y Cristi, Cristi. (2006). "La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano". Santiago, Chile: LOM.

Sandoval, Ricardo. (2017). "Una política migratoria para un Chile cohesionado". Disponible en:

[https://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/01/Libro\\_La\\_migracion\\_internacional-39-49.pdf](https://www.extranjeria.gob.cl/media/2017/01/Libro_La_migracion_internacional-39-49.pdf)

Servicio Jesuita Migrante. "Migración en Chile". Disponible en: <https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/06/MIGRACION-EN-CHILE-V7.pdf>.

Simmel, George; Schütz, Alfred; Elias, Norbert y Cacciari, Massimo. (2012). "El extranjero". Madrid: Sequitur.

Stefoni, Carolina. "Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante". En La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías, de Cátedra Iberoamericana de Estudios sobre Migraciones, editado por Bela Feldman-Bianco, Liliana Rivera Sánchez, Carolina Stefoni y Marta Inés Villa Martínez. Quito: Crearimagen, 2011.

Thayer Correa, L. E., Durán Migliardi, C., Correa, S. y Cortés, C. (2020). "Discursos sobre política migratoria en el campo político chileno". Revista de Estudios Políticos, 190, 97-127. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.190.04>.

Thayer, Luis Eduardo. (2021). "Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile". Migraciones internacionales. Vol. 12. (2021). Por publicar.

Vera Leonardo Vicente; Zambrano, Jimmy Manuel y Deroy, Dania. (2019). "Ciudadanía Universal y Libre Movilidad Humana: una mirada desde el perfil temático de la producción científica internacional". Estudios del Desarrollo Social [online]. vol.7, n.2. Disponible en: [http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2308-01322019000200002&lng=es&nrm=iso](http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2308-01322019000200002&lng=es&nrm=iso) Epub 25-Jul-2019. ISSN 2308-0132

Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio, y Nogueira, Humberto. (1997). "Derecho Constitucional, tomo I". Editorial Jurídica de Chile, 2a edición, Santiago.

## TESIS

Cerda, Claudia. (2014). "La sociabilidad como proceso constructor de relaciones sociales: La experiencia vivida por los inmigrantes ecuatorianos en la comuna de Concepción". [Tesis de magíster en Investigación Social y Desarrollo]. Concepción, Universidad de Concepción.

Morales, Natalia. (2019). "Derechos de los migrantes y sus familias en la jurisprudencia chilena. ¿Se utiliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para ampliar su ámbito de protección?". [Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Santiago, Universidad de Chile.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Tribunal Constitucional, Rol N° 2273-2012.

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 18/03, sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, American Journal of International Law, vol. 41, núm. 1, 1947

Voto concurrente del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade, Opinión Consultiva N°17, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

## **PRENSA**

Agencia France Presse. 2020. "Repatrian a 385 bolivianos varados en Chile". La tercera, Mundo, 10 de mayo. Disponible en: <https://www.latercera.com/mundo/noticia/repatrian-a-385-bolivianos-varados-en-chile/2SZWPSEL25GNRCGFJQGFFJ662A/>

El Mostrador. (2021), "Presidente de la Suprema recordó que expulsiones colectivas de inmigrantes empleadas por el Gobierno son "medidas prohibidas por el derecho internacional de los DD.HH". El demostrador. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2021/06/19/presidente-de-la-suprema->



recordo-que-expulsiones-colectivas-de-inmigrantes-empleadas-por-el-gobierno-son-medidas-prohibidas-por-el-derecho-internacional-de-los-dd-hh/

García, Juan Francisco. (2014). Jurisprudencia y política migratoria. El mercurio. Disponible en <https://lyd.org/opinion/2014/07/jose-francisco-garcia-jurisprudencia-y-politica-migratoria/>

González, Tania. (2018). “La identidad chilena no se perdió ni se perderá con los inmigrantes”. 28 de abril, de Diario UChile. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2018/09/18/sociologo-jorge-larrain-la-identidad-chilena-no-se-perdio-ni-se-perdiera-con-los-inmigrantes/>

Polloni, Leonardo y Rojas, Oscar. (2018). Expulsión de Migrantes y Vulneración de Derechos. Revista Sur. Disponible en <https://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2018/08/expulsion-de-migrantes-y-vulneracion-de-derechos/>

Ruz, Camila. (2015). “Los términos que deben usarse y los que no para describir migrantes”. BBC News Mundo [https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150828\\_migrantes\\_refugiados\\_lenguaje\\_men](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/08/150828_migrantes_refugiados_lenguaje_men)

Sanhueza, Ana María. (2021). Los criterios de la Suprema para rechazar expulsiones de migrantes. Recuperado en <https://www.pauta.cl/nacional/corte-suprema-fallos-migrantes-expulsiones-ministerio-del-interior>

## **ENCUESTAS**

Encuesta Nacional Bicentenario. (2019). Universidad Católica

## ANEXO

### Tabla 1. Jurisprudencia citada

Rol	Tribunal	Página
<b>2010</b>		
3867-2010	Corte Suprema	41
<b>2011</b>		
1288-2011	Corte de Apelaciones de Santiago	49
1341-2011	Corte de Apelaciones de Santiago	29
3766-2011	Corte de Apelaciones de Santiago	27 y 52
8429-2011	Corte Suprema	36
4420-2011	Corte Suprema	29
<b>2012</b>		
2273-2012	Tribunal Constitucional	30
7018-2012	Corte Suprema	30
<b>2013</b>		
19-2013	Corte de Apelaciones de Santiago	29 y 65
4466-2013	Corte Suprema	41
6649-2013	Corte Suprema	46
13030-2013	Corte Suprema	47
<b>2014</b>		
23-2014	Corte de Apelaciones de Antofagasta	29
146-2014	Corte Suprema	52
624-2014	Corte Suprema	49
7804-2014	Corte Suprema	50
11521-2014	Corte Suprema	43
<b>2015</b>		
51704-2015	Corte de Apelaciones de Santiago	44 y 50
56-2015	Corte de Apelaciones de Iquique	31 y 44
1212-2015	Corte de Apelaciones de Antofagasta	66
1059-2015	Corte Suprema	42 y 44
3073-2015	Corte Suprema	42 y 48
2309-2015	Corte Suprema	47
<b>2016</b>		
50010-2016	Corte Suprema	47 y 49
<b>2017</b>		
25-2017	Corte de Apelaciones de Arica	37
48-2017	Corte de Apelaciones de Iquique	44, 46 y 51

222-2017	Corte de Apelaciones de Talca	37
3990-2017	Corte Suprema	65
8397-2017	Corte Suprema	51
<b>2018</b>		
13-2018	Corte de Apelaciones de Antofagasta	37
28-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	46
31-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	45 y 46
120-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	37 y 53
123-2018	Corte de Apelaciones de Chillán	32
174-2018	Corte de Apelaciones de Antofagasta	37
189-2018	Corte de Apelaciones de Arica	46
398-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	54
992-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	36
1659-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	49
2503-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	49 y 53
2982-2018	Corte de Apelaciones de Santiago	53
4757-2018	Tribunal Constitucional	27
<b>2019</b>		
nov-19	Corte de Apelaciones de Antofagasta	34
161-2019	Corte de Apelaciones de Antofagasta	29, 34
163-2019	Corte de Apelaciones de Antofagasta	47
123-2019	Corte de Apelaciones de Puerto Montt	35
213-2019	Corte de Apelaciones de Santiago	46
289-2019	Corte de Apelaciones de Santiago	32
1069-2019	Corte de Apelaciones de Santiago	55
1834-2019	Corte de Apelaciones de Santiago	38
<b>2020</b>		
36-2020	Corte de Apelaciones de Antofagasta	35 y 37
339-2020	Corte de Apelaciones de Santiago	34
1290-2020	Corte de Apelaciones de Santiago	35
49-2020	Corte Suprema	45
24876-2020	Corte Suprema	45
50526-2020	Corte Suprema	45
75988-2020	Corte Suprema	45