



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CRITERIOS DE EXPULSIÓN DE
EXTRANJEROS CONDENADOS CON PENA CUMPLIDA, A LA LUZ DE LOS
PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y NON BIS IN ÍDEM (2014-2019)**

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

AUTOR:

MANUEL RIVERA CORTES

PROFESOR GUÍA: JAVIER ARÉVALO CUNICH

ÍNDICE

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: El migrante en Chile	6
1.1. La situación migratoria en Chile	6
1.2. La situación jurídica del migrante	9
1.3. El migrante infractor.....	11
CAPÍTULO II: El principio de proporcionalidad y <i>el non bis in ídem</i>	15
2.1. El principio de proporcionalidad	15
2.2. El principio <i>non bis in ídem</i>	17
CAPÍTULO III: El procedimiento de expulsión	22
3.1. La expulsión en el actual Decreto Ley N° 1.094.....	23
3.2. El procedimiento de expulsión en la nueva Ley Migratoria.....	27
CAPÍTULO IV: El recurso de amparo en decretos de expulsión.....	34
CAPÍTULO V: Análisis jurisprudencial	37
5.1. Metodología de análisis	37
5.2. Condenados por delito de tráfico de drogas en Chile	39
5.3. Condenados en su país de origen.....	81
CONCLUSIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA	91

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo analizar el razonamiento de la Corte Suprema y de las respectivas Cortes de Apelaciones al momento de decidir sobre recursos de amparo interpuestos por extranjeros condenados de manera penal –específicamente por el delito de tráfico de drogas– que ya han cumplido su pena, pero que fueron expulsados por el órgano administrativo. Y de qué manera esto representa una infracción a los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem*. Para aquello se realiza una revisión al contexto migratorio en Chile, seguido por la revisión de los principios y su aplicación en materias administrativas y penales, posteriormente se analiza el procedimiento de expulsión en el Decreto Ley 1.094, sus fallos, virtudes, los recursos disponibles para impugnar las decisiones y de qué manera se verá modificado por la nueva legislación. Tras ello se analizarán los fallos de las Cortes para evidenciar de qué forma se afectan los principios mencionados al momento de decidir y las arbitrariedades cometidas al tomar las decisiones que son amparadas por la excesiva discrecionalidad que otorga la legislación vigente al órgano administrativo. Finalmente se expondrá una conclusión de los aspectos más relevante del trabajo y de qué manera se modificará lo expuesto en el trabajo cuando la nueva legislación entre en vigencia.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración ha aparecido en el foco de la opinión pública especialmente este año, con seguidas protestas que piden una migración más controlada y en casos más extremos, expulsiones masivas. Lo cierto es que el sistema de control migratorio no da abasto, dejando en una notable situación de inseguridad a extranjeros que viajan en busca de mejores oportunidades laborales y sociales que las que tenían en su país de origen.

Es dentro de este contexto en el cual las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han recibido numerosos recursos de amparo interpuestos por extranjeros que han visto menoscabados sus derechos. Dentro de aquel grupo, el que reviste mayor importancia para los propósitos de este trabajo es el de aquellos migrantes que han sido condenados de manera penal, han cumplido su condena, y han sido posteriormente expulsados del país por una resolución administrativa.

La problemática a analizar tiene directa relación con lo mencionado, pues tras el análisis de cuantiosas sentencias que deciden sobre recursos de amparo, se logra identificar un razonamiento variado y heterogéneo que deja en una importante incertidumbre a los extranjeros que pasan por estas situaciones, al desconocer cómo decidirán las Cortes en su situación en particular.

De la misma manera, la legislación que regula la materia entrega actualmente un poder demasiado amplio a la administración para su decisión respecto a las expulsiones, lo que lamentablemente termina propiciando arbitrariedades y en muchas ocasiones, pasando a llevar derechos, así como transgrediendo principios muy importantes para el ordenamiento jurídico como lo son el de proporcionalidad y *non bis ídem*.

Un repaso a la realidad jurídica del migrante en Chile y sobre todo a la del migrante infractor, revisando el proceso de expulsión y los recursos disponibles, permitirá finalmente adentrarse en la visión que tienen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema sobre los recursos de amparo interpuesto sobre decretos de expulsión a extranjeros infractores: sus

semejanzas, diferencias y las implicancias que tienen aquellas sentencias sobre los migrantes en esa situación. De la misma forma se destacará el positivo cambio que presenta la nueva Ley de Migración y la manera en que resuelve muchos de los problemas a analizar en el presente proyecto.

CAPÍTULO I: El migrante en Chile

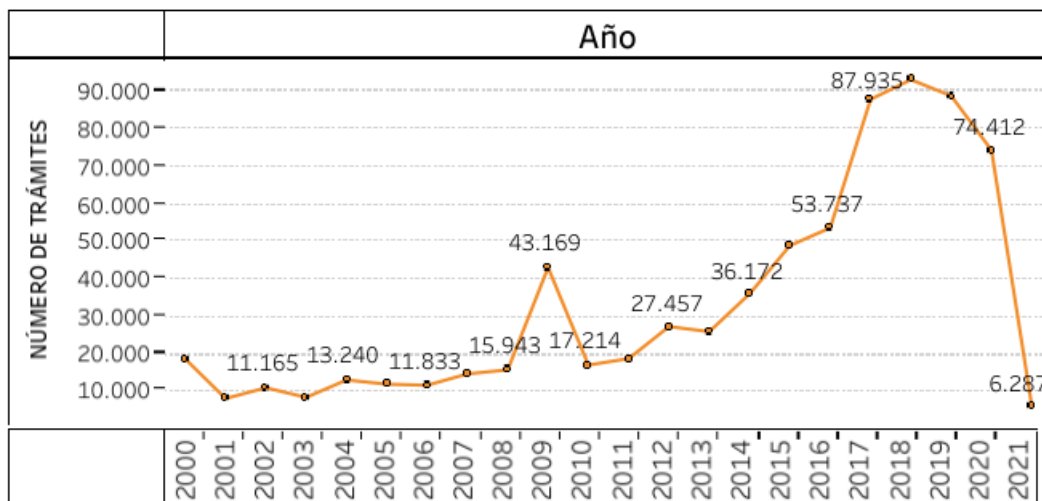
1.1. La situación migratoria en Chile

Sin duda, durante el año 2021 la situación migratoria se ha vuelto un tema muy comentado por la opinión pública y, de hecho, en un año de elecciones, se ha vuelto un tema importantísimo en torno al debate de los candidatos presidenciales. Todo esto derivado de protestas que se desarrollaron durante el mes de octubre en la zona norte del país, y que terminaron por violentar campamentos de migrantes en aquel lugar, generando opiniones divididas, pero que sirvió para volver a poner este tema en la palestra.

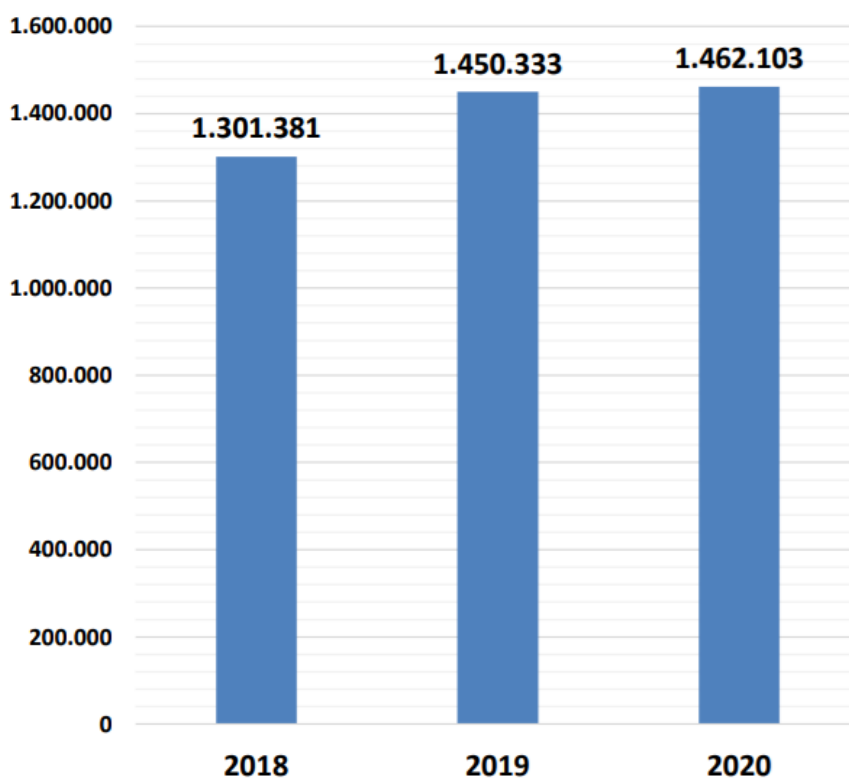
Sin embargo, no es un tema nuevo. La migración ha existido en nuestro país como fenómeno al menos desde los años '90, creciendo exponencialmente el año 2001 y posicionándose nuestro país como principal destino de los migrantes del cono sur desde el año 2017¹. Por ello, para comenzar este trabajo es necesario hacer una caracterización del proceso migratorio y sus consecuencias tanto para el país como para el ordenamiento jurídico en general.

Analizando los datos entregados por el Departamento de Extranjería y Migración (de ahora en adelante: “DEM”) durante los últimos veinte años, la entrega de visas de permanencia definitiva ha aumentado exponencialmente, creciendo desde 11.165 el año 2002, a un pico histórico de 87.935 el año 2017 que posteriormente fue decreciendo al año 2019 pero que continúa en un número bastante alto.

¹ Rojas, N., & Silva, C. (2016). La migración en Chile: Breve reporte y caracterización. *Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo*. p. 5



En relación a la caracterización demográfica, actualmente existe contabilizado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) que al año 2020 se encuentran en Chile 1.462.103 personas extranjeras, lo que representa un aumento de 9% desde año 2019 y de 12% en comparación al año 2018.



Fuente: INE-DEM

Ahora bien, con relación a los países de origen, la marcada tendencia de la migración peruana hacia el país ha sido desplazada por la población venezolana. Acorde a las estadísticas del INE, al año 2020 un 30% de la población extranjera residente en Chile son venezolanos, seguidos de un 16% de población peruana y, finalmente, un 12% de población haitiana.

En este entendido, la cantidad de población extranjera ha aumentado considerablemente, de hecho, según datos del año 2014 la cantidad de población migrante representaba un 2,3% de la población total², mientras que actualmente representa más de un 7%.

Este aumento se explica, en parte, por la mejor expectativa de vida que se espera en nuestro país, así como mejores condiciones salariales, laborales y de vivienda³, en comparación a otros países de la región que han tenido fuertes retrocesos económicos o graves conflictos político/sociales que no permitieron asegurar condiciones de vida adecuadas.

Lamentablemente la recepción en nuestro país de la población extranjera no ha sido de las mejores. En efecto, una encuesta realizada por CADEM en octubre del 2021 arrojó que un alarmante 56% de la opinión pública consideró que la entrada de inmigrantes es “mala para el país”, y en aquella misma línea, un 69% pide más restricciones para su ingreso⁴. No obstante, resulta esperanzador que un 77% de las personas encuestadas sostienen que las personas extranjeras con su situación migratoria al día deberían tener los mismos derechos que los chilenos.

Esto es importante para la realización de este trabajo considerando que las Cortes suelen tener en cuenta las características de contexto de cada caso cuando se enfrentan a un decreto de expulsión, esto es, identificando ciertos indicios que permitirían inferir que el

² Ibid., p. 12

³ Franco Gaviria, Luis (2017). *Chile como nuevo referente de la migración en América Latina*.

⁴ 24Horas.cl. (2021). *Un 56% cree que la llegada de migrantes a Chile es "mala" para el país según Cadem*.

extranjero realmente se ha incorporado a nuestra sociedad a pesar de haber cometido un delito y que la expulsión podría no ser proporcionada con la infracción.

La población migrante en nuestro país seguirá aumentando en tanto se mantenga esta brecha de desarrollo entre países vecinos. Lo que se debe definir es que de forma se controlará esta situación.

1.2. La situación jurídica del migrante

Enfocándose en la situación del migrante que ya ingresó a nuestro país, ¿qué opciones tiene?; ¿cómo responde el sistema jurídico ante aquella situación? Es aquí donde aparece el problemático Decreto Ley N° 1.094 que regula, acorde a su art. 1°, “el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros”.

En materia de migración existen tres instituciones fundamentales en el país: en primer lugar, el Departamento de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que tiene autonomía y control sobre el otorgamiento de visas temporales como la de la permanencia definitiva. Enseguida, está el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuya función es únicamente la entrega de visas consulares y, finalmente, la Policía de Investigaciones, organismo encargado de controlar y llevar registro de entradas y salidas del país, así como de ejecutar las órdenes de expulsión.

Ahora bien, ¿qué es una visa? El art. 5° del DL N° 1.094 define tal documento como “el permiso otorgado por autoridad competente, estampado en pasaporte válido y que autoriza a su portador a entrar al país y permanecer en él por el tiempo que determine”, existiendo actualmente tres grandes tipos:

En primer lugar, la visa de estudiante, que se otorga a los extranjeros que viajen a Chile con el propósito de realizar estudios como alumno regular, en establecimientos de

enseñanza estatales o reconocidos por éste. Es importante señalar que esta visa solo otorga la posibilidad de estudiar en Chile y no la realización de cualquier otra actividad⁵.

A continuación, la visa de residencia sujeta a contrato laboral, que es aquella que se otorga a los extranjeros que viajan al país con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo. Esta visa caduca en el momento en que se pone fin a la relación laboral y desde ese momento empieza un plazo de 180 días en el cual el extranjero tiene oportunidad para presentar una nueva solicitud de residencia⁶.

Finalmente están las visas temporarias, que son las más amplias de este grupo y son otorgadas, en general, a “aquellos extranjeros que acrediten tener vínculos de familia o intereses en el país y cuya residencia se estime útil y conveniente”⁷. Tiene una vigencia de un año prorrogable a dos, plazo en el cual el extranjero deberá solicitar permanencia definitiva, o bien, abandonar el país.

En ese último aspecto es importante considerar que todas las visas otorgan la posibilidad de solicitar la permanencia definitiva cumplidos ciertos requisitos que dependen de cuál visa sea la que se le haya asignado en primer lugar. Así, para tener residencia definitiva, se debe haber tenido al menos dos años consecutivos de visa sujeta a trabajo, un año de visa temporaria o bien dos años de visa de estudiante. El requisito común entre todas es que no se debe haber permanecido más de 180 días fuera del país durante el periodo en el cual se otorgó la visa⁸.

En este mismo orden de ideas, la actual legislación también permite el cambio de categoría migratoria a los extranjeros que ingresen como turistas si es que cumplen los

⁵ Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Estudiar en Chile*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/estudiar-en-chile/>

⁶ Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Trabajar en Chile: Visa sujeta a contrato*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/trabajar-en-chile/visa-sujeta-a-contrato>

⁷ Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Vivir en Chile: Visa temporaria*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/vivir-en-chile/visa-temporaria/>

⁸ Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Vivir en Chile: Permanencia definitiva*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/vivir-en-chile/permanencia-definitiva/>

requisitos del art. 49 del DL N°1.094. La mayoría de los ingresos legales son migrantes que llegan en esta categoría, y de aquello sucede que muchos extranjeros deban incluirse en algún tipo de ficción para lograr encontrarse dentro de algunas categorías de hecho contenidas en ese artículo, con el fin de prolongar su estadía y aspirar finalmente a la residencia definitiva. En ese entendido comienza el próximo desafío, en tanto la posición ya de por sí desprotegida de encontrarse de manera ilegal al haber extendido su estadía más allá de lo que permite el permiso de turismo, se ve aún más complejizada por la notable dificultad de conseguir toda la documentación que necesitan para siquiera postular a este proceso, pues no todos los países cuentan con un sistema computarizado capaz de entregar certificados de antecedentes en unos minutos, como sí ocurre en Chile.

1.3. El migrante infractor

Contrariamente a la sensación de inseguridad generada por los medios de comunicación con relación a la migración y la cantidad de delitos cometidos por extranjeros, la realidad es que las tasas de victimización no se han alzado a pesar del ingreso de nuevos migrantes⁹. Las encuestas han demostrado que el fenómeno migratorio en general no es de las grandes preocupaciones en Chile comparado con la delincuencia, el desempleo o el deficiente sistema de salud¹⁰. Aunque es relevante rescatar que la seguridad es lo más importante para todos los encuestados, existiendo una entendible intolerancia a la comisión de delitos violentos sean provocados por ciudadanos nacionales o extranjeros.

En cuanto a las encuestas realizadas a extranjeros, lo cierto es que las cifras también se relacionan con la percepción de la opinión pública. Un estudio del Servicio Jesuita a Migrantes permite demostrar que las personas migrantes han sido más víctimas que victimarios de delitos al año 2020¹¹. De manera que “se puede decir que el aumento de

⁹ Ajzenman, N., Domínguez, P., & Undurraga, R. (2021). *Inmigración, delincuencia y las erróneas percepciones sobre el delito*. Obtenido de CIPER Chile.

¹⁰ Espacio Público; IPSOS. (2021). *Chilenos y chilenas frente a la tolerancia, violencia, abuso y dignidad*. Obtenido de Encuesta Espacio Público - IPSOS

¹¹ Servicio Jesuita a Migrantes. (2021). *Criminalidad, seguridad y migración: Un análisis al Chile actual*. Obtenido de Sitio web del Servicio Jesuita a Migrantes. p. 7

personas migrantes residentes no ha traído aparejado un aumento en términos porcentuales de individuos extranjeros que han tenido relación con el sistema penal en calidad de victimarios”¹².

Respecto a las condenas, los datos indican que tan solo un 0,8% de los extranjeros residentes en Chile están en prisión¹³. Los delitos más comunes cometidos por los extranjeros privados de libertad son los relacionados con drogas (67,3%) y seguido por robos (19,5%)¹⁴. Por lo tanto, salta a la vista que los extranjeros no han aumentado la cantidad de delitos ni aumentado las tasas de victimización, de hecho, es la prensa la que muchas veces suele hacer énfasis en la nacionalidad de la persona para generar un mayor rechazo contra la población migrante.

Ahora, ¿en qué situación queda el migrante tras haber sido condenado por un delito? Una de las posibilidades es la expulsión como pena sustitutiva de la privación de libertad. Esta figura se encuentra regulada en la Ley N° 18.216 la cual conforme a su art. 34, necesita para su aplicación de la concurrencia de dos condiciones: (1) que el ciudadano extranjero sea condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo y (2) que no resida legalmente en el país. El juez podrá entonces, de oficio o a petición de parte, sustituir ese cumplimiento por la expulsión del territorio nacional.

Se entiende por residencias legales (o visas) como las mencionadas en el subtítulo precedente. Pero se debe hacer énfasis en que es una facultad otorgada al juez para el reemplazo de la pena y no una obligación de aplicarla, así como tampoco es un derecho del migrante infractor que le permita decidir qué prefiere. De hecho, el mismo artículo contempla una audiencia para resolver la utilización de la pena sustitutiva, en la cual puede resultar aplicable como puede ser desechada. También se encuentra una prohibición de reingresar al país en un plazo de diez años desde el día en que se suspenda la pena.

¹² Ibid., p. 8.

¹³ Ibid., p. 11.

¹⁴ Ibid., p. 13.

Otra posibilidad desprendida de la ya mencionada norma, es que no se cumpla alguna de las dos condiciones para optar a la pena sustitutiva o bien que en la audiencia el juez decida no otorgarla. En aquel caso, el extranjero podría pasar a tener que cumplir condena privado de libertad en alguno de los recintos penales del país, caso en el cual ingresa a otra situación de inseguridad.

No resulta tan polémico afirmar que las condiciones carcelarias en el país distan de las ideales, en los cuales las personas privadas de libertad reciben constantes tratos degradantes, perpetuando el ciclo de la delincuencia y no fomentando la reinserción necesaria en las personas que han cometido delitos¹⁵. Ahora, si se añade a aquellas ya desafortunadas circunstancias el ser extranjero, la situación solo puede empeorar.

Sobre ello los internos extranjeros han afirmado que se encuentran sometidos a un constante trato discriminatorio proveniente principalmente de parte de funcionarios de gendarmería, “por ejemplo, internos de nacionalidad peruana y boliviana que se encuentran reclusos en una cárcel del norte del país, reclaman sufrir constantemente mal trato y hostigamiento verbal por parte de los funcionarios (...). Se suelen utilizar expresiones tales como “negro” o “cholo” para referirse despectivamente a estas personas, lo que da cuenta de preocupantes prácticas de racismo y xenofobia a manos de agentes del Estado.”¹⁶ Misma discriminación ocurre al momento de, por ejemplo, racionar la comida, privilegiando a los reclusos chilenos en relación a los extranjeros¹⁷ o bien al rechazar sus demandas y solicitudes cuando “señalaron que si para los chilenos era difícil realizar alguna solicitud a la autoridad, para ellos era prácticamente imposible, lo que atribuían directamente al hecho de ser extranjeros/as”¹⁸.

¹⁵ Para clara muestra de esto, revisar el apartado fotográfico en Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad*. Obtenido de Sitio web del Instituto Nacional de Derechos Humanos: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/08/Estudio-de-las-condiciones-carcelarias-en-Chile-2018-INDH-Versio%CC%81n-final.pdf>. pp. 307-316.

¹⁶ Lorca, R., Rorchow, D., & Purán, V. (2021). Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas. *Oñati Socio-Legal Series*. p. 12

¹⁷ *Ibid.*, p. 13

¹⁸ Instituto de Derechos Humanos. (2012). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Informe CPP Copiapó*. Obtenido de Sitio web del Instituto de Derechos Humanos. p. 17

Otros tratos a los que son también expuestos se relacionan con la comunicación exterior y el escaso acceso a alternativas para comunicarse con sus familiares, habida cuenta que su familia en muchos casos se encuentra en territorio extranjero. De esta misma circunstancia se desprende otro problema, la imposibilidad de ingresar al programa de salidas al medio libre y a la libertad condicional por no poder acreditar un lugar de residencia ni lazos familiares que funcionen de apoyo¹⁹. No cabe duda que, a la ya desmejorada posición de los reclusos, la condición de migrante no hace más que dejarlos en una situación más insegura.

Una tercera alternativa tras la condena por un delito es lo que se verá en las siguientes páginas y es la condena penal seguida de una expulsión administrativa regulada en el Decreto Ley N° 1.094. Es la alternativa más abierta a la discrecionalidad administrativa y, por lo tanto, la que más afecta a los extranjeros. De la misma manera es la más polémica, pues es la misma legislación la que establece en su art. 69 una doble sanción para los extranjeros que hayan cometido específicamente los delitos mencionados en aquel artículo, al señalar en el inciso final que “una vez cumplida la pena en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”.

El caso de las expulsiones administrativas es también el que motiva los fallos jurisprudenciales de este trabajo, dado que se revisarán recursos de amparo interpuestos por extranjeros que ya han cumplido la condena –en todos los casos, mediante una pena sustitutiva– pero que son expulsados de todas formas.

¹⁹ Lorca, R., Rorchow, D., & Purán, V, *op. cit.*, p. 14

CAPÍTULO II: El principio de proporcionalidad y *el non bis in idem*

2.1. El principio de proporcionalidad

Mucho se ha debatido en la doctrina la relación entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal²⁰, pero uno de los lugares en los cuales existe cierta congruencia es al mencionar a uno de los principios que regula las sanciones en ambas ramas: el principio de proporcionalidad. Así, se ha señalado que “como parte del mismo género, la pena penal y la pena administrativa se someten a un mismo estatuto constitucional, que consagra garantías mínimas tanto sustantivas como procedimentales”²¹, lo que implica que los principios aplicables al derecho penal, también lo serán para el derecho administrativo.

El principio de proporcionalidad es de la mayor relevancia para el presente trabajo pues, como se verá más adelante, en la mayoría de los casos lo que se reclama ante las Cortes es la desproporcionalidad de la sanción de expulsión, frente a lo cual el tribunal tiene que analizar aspectos de hecho del caso.

Este principio se viene aplicando con una data muy pretérita, pero donde tuvo su mayor influencia fue en las decisiones del Tribunal Federal Alemán. Allí, “la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. “En virtud de él se prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas –*Übermassverbot*– y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites”²².

²⁰ Véase Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. *Revista de Derecho*.

²¹ *Ibid.*, p. 152.

²² Arnold, R., Martínez, J. I., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, p. 68.

El Tribunal Alemán también estableció cuatro requisitos esenciales para la aplicación de la proporcionalidad²³:

1. Debe perseguir una finalidad legítima.
2. Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo.
3. Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados.
4. Debe ser proporcionalidad en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención.

Desde allí que se ha evolucionado conceptualmente en su aplicación hasta la aplicación actual, en su faz penal, se plantea que este principio “se refiere a la reacción del Estado frente al delincuente y su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma”²⁴.

Por su parte, en el ámbito administrativo, se ha planteado por el profesor Eduardo Cordero que “el principio de proporcionalidad opera en materia punitiva en dos ámbitos bien delimitados. En primer término, como un límite que se impone al legislador al momento de tipificar conductas punibles, determinar su sanción y establecer la autoridad que debe aplicarla (administrativa y judicial). En segundo lugar, como un límite al acotado margen de discrecionalidad que debe tener la autoridad administrativa al momento de determinar la sanción aplicable por la comisión de un ilícito administrativo.”²⁵

Una tensión que se ha identificado en la aplicación de este principio por la doctrina viene dada por aquellos que ven la pena con fines “disuasivos”, esto es, que desean que la

²³ Balaguer, T., Villagra, C. (2020). *Análisis jurisprudencial sobre el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador* [Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Repositorio Universidad de Chile. p. 46

²⁴ Garrido Montt, M. (2010). Principios limitadores del "ius puniendi". En M. Garrido Montt, *Derecho penal: Parte general*. Editorial Jurídica de Chile. p. 49.

²⁵ Cordero, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. p. 425.

pena sirva “como ejemplo” para evitar que otras personas cometan ese mismo tipo de delito. Para aquello, necesario sería que la sanción fuera desproporcionada e intentar inculcar ese “temor” para el resto de la población. Lo cierto es que “la investigación sugiere que la mejor forma de controlar el delito es hacer justicia, nada más y nada menos. (...) En otras palabras, cualquier aumento en el beneficio de disuasión general o de incapacitación puede ser superado por el costo de la menor eficacia del control del delito que acompaña a la pérdida de credibilidad moral al cometer injusticia”²⁶. Con aquella idea en mente se debe analizar la disparidad de en la resolución de casos por nuestras Cortes, pues la diversidad de razonamientos solo hace aumentar la injusticia, lo que a fin de cuentas solo aumenta la desconfianza en la judicatura.

En resumidas cuentas, este principio se plantea como un límite a la actuación discrecional de la administración –en nuestro caso, para el Ministerio del Interior– y posteriormente será a la luz de este principio que la Corte Suprema decida respecto a los recursos de amparo. El principal problema que se suscita en estos casos es que el Decreto Ley N° 1.094 no ofrece realmente ningún tipo de garantías respecto al respeto de este u otros principios, por lo que muchas veces las decisiones administrativas serán desproporcionales con la infracción que cometió el extranjero cuando la doctrina ha transmitido que “la actividad represiva del Estado se legitima cuando se circunscribe a la protección de bienes jurídicos fundamentales; un corolario de esta premisa es que su reacción estará en armonía con el peligro o la entidad de la lesión inferida a un bien jurídico: a mayor lesión mayor pena, y viceversa”²⁷.

2.2. El principio *non bis in ídem*

Proveniente del latín, su traducción literal significa “no dos veces por lo mismo”, pues en materia penal se establece como “la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho”²⁸

²⁶ Robinson, P. (2015). El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico. *Revista de Estudios de la Justicia*, p. 189

²⁷ Garrido Montt, M. op. cit. p. 50

²⁸ Mañalich, J. P. (2011). El principio ne bis in ídem en el derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, p. 140.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una consagración constitucional de su aplicación, como sí ocurre por ejemplo en Alemania. Sin embargo, como lo ha señalado el profesor Jaime Mañalich, existen tratados internacionales ratificados por Chile que le entregan un estatus supralegal a este principio, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el primero consagra en su artículo 14 N°7 que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme”, mientras que el art. 8° N°4 de la Convención dispone que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”, en palabras del profesor Mañalich: “aquí es fundamental reparar en la restricción del alcance de la garantía únicamente a aquellos casos en que el juzgamiento previo ha concluido en el pronunciamiento de una decisión de absolución, lo cual significa que la garantía no encuentra siquiera aplicación tratándose de casos en que ha existido una sentencia condenatoria previa respecto de “los mismos hechos”²⁹, por lo que será el Pacto el que tenga un alcance mayor para la aplicación del mencionado principio.

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que “al no existir un reconocimiento constitucional expreso del non bis in ídem, se ha sostenido que éste deriva de diversos principios consagrados por la Carta Fundamental (CPR)”³⁰, entre ellos:

1. Principio de legalidad (art. 19 N°7 CPR): “El non bis in ídem se deriva de él por cuanto el creador de la ley prevé con anterioridad una sanción para determinadas conductas, de modo que una vez realizadas estas, se debe aplicar la sanción prevista. Si se ejecuta un castigo adicional, se está transgrediendo la legalidad”³¹.

²⁹ Ibid., p. 142.

³⁰ Muñoz, V. (2011). *Colisión de sanciones administrativas y penales: cómo evitar la vulneración al principio non bis in ídem* [Tesina correspondiente a la carrera de derecho]. Repositorio Universidad Alberto Hurtado, p. 31.

³¹ Ibid.

2. Principio de tipicidad (art. 19 N°3 CPR): “La conducta descrita en el tipo es la que el legislador ordenó sancionar, y no otra adicional. En consecuencia, se vulnera el *non bis in ídem* cuando se duplica el castigo por entidades sancionadoras distintas o incluso por el mismo tribunal”³².

Por su parte, en la faz de sanciones administrativas, conceptualmente es lo mismo que en el ámbito penal, y su aplicación se ha reflejado por ejemplo en el Dictamen N°77.203 de 2012 de Contraloría General de la República, en el cual se ha calificado como una infracción al mencionado principio la sanción de censura y de multa realizada por la Municipalidad de Cobquecura, pues el ente administrativo solo puede aplicar una de ellas.

Este principio tiene una relación muy cercana con el ya mencionado principio de proporcionalidad en tanto “si se sanciona dos veces por lo mismo, se afecta la proporcionalidad de la sanción en relación al ilícito, incurriendo, por consiguiente, en arbitrariedades”³³.

Si las sanciones son de distinta naturaleza, como se analizará en el presente trabajo – esto es, una sanción penal seguida de una administrativa– existe una colisión que podría resultar en una infracción a este principio, al respecto la doctrina ha señalado que “cabe propugnar que el Estado debiera ejercer su *ius puniendi* en un sólo momento, en la forma e intensidad que hayan dispuesto las leyes, pudiendo imponer en esa oportunidad todas las medidas principales o accesorias que sean del caso, por lo tanto, fuera de dicho momento habría agotado la posibilidad de aplicarlas”³⁴.

Bajo la misma línea se ha decantado el Tribunal Constitucional al admitir que “aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual

³² Ibid., p. 32

³³ Gómez, R. (2017). El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, p. 106.

³⁴ Ibid., p. 106

protección de la ley en el ejercicio de los derechos. (...) Es así como tanto el principio de tipicidad como de legalidad, establecidos en los dos últimos incisos del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, rigen, por mandato constitucional, la actividad sancionadora de la administración” (Considerando 8° de la Sentencia Rol N° 479 del Tribunal Constitucional de Chile). Resulta de relevancia señalar que el Tribunal Constitucional no cita de manera textual el principio *non bis in ídem* pero sí lo hace con el principio de tipicidad y legalidad que, como se mencionó anteriormente, es de los cuales se desprende el principio de *non bis in ídem*.

Pero no todos coinciden en aquello, otra línea doctrinaria se ha inclinado al sentido contrario al señalar la que “la eventual imposición acumulativa de sanciones penales y sanciones administrativas, respectivamente, por definición no contravendrá la prohibición de punición múltiple, lo cual significa: tampoco en caso de que uno y el mismo fragmento de comportamiento de esa persona haya realizado tanto el supuesto de hecho de la norma de sanción penal como el supuesto de hecho de la norma de sanción administrativa”³⁵.

Como se puede observar, inclusive el Tribunal Constitucional ha optado por la idea de evitar una doble sanción a pesar de que aquellas sean de distinta naturaleza. Sin embargo, esto tampoco es pacífico a nivel jurisprudencial, pues en este trabajo se analizará también aquella que tiende a optar por mantener aquella doble sanción basándose en que cada una persigue fines distintos, esto es, la sanción de expulsión busca proteger la seguridad nacional y resguardar el interés del Estado mientras que la sanción penal persigue un fin más bien retributivo y, acorde al Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, también tiene un fin resocializador.

Es con esa idea con la cual se pretende cerrar este capítulo, pues la doctrina y la jurisprudencia suelen atender a los fines de cada una de las sanciones y esto puede resultar aplicable cuando las sanciones afectan bienes jurídicos distintos, como ocurre por ejemplo con las multas por el delito de colusión que puede aplicar el Tribunal de Defensa de la Libre

³⁵ Mañalich, J. P. (2014). El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionador. *Política Criminal*, p. 558.

Competencia y que dejan a salvo las acciones penales. ¿Pero qué sucede cuando ambas sanciones afectan al mismo bien jurídico? Esta es la situación que afecta a gran parte de los casos se analizarán, considerando como bien afectado la libertad de desplazamiento que ya fue sancionado por medidas penales como arraigo nacional, libertad condicional o prisión y que posteriormente vuelve a ser afectado mediante una expulsión a su país de origen. Mismos hechos ilícitos, mismo sujeto y mismo bien jurídico afectado, ¿hasta dónde llegan los límites de la sanción?

CAPÍTULO III: El procedimiento de expulsión

Actualmente el procedimiento y las causales de expulsión del territorio, además de los organismos designados para decidir al respecto se encuentran regulados en el Decreto Ley 1.094. Para adentrarnos al análisis de este procedimiento primeramente debemos ubicarnos en el contexto temporal y político que imperaba a la fecha de dictación de aquel, esto es, plena dictadura militar en el año 1975 y enmarcado en un contexto de aplicación de la llamada “Doctrina de la Seguridad Nacional”, “con el claro propósito de impedir el ingreso de “agitadores” – la acción indirecta del comunismo– que pudieran atentar contra el “orden interno”³⁶. También se ha caracterizado este contexto temporal como aquel en el cual:

“Chile vivía un quiebre institucional, en el cual la fuerza se imponía por sobre la razón, con un parlamento suspendido de todo ejercicio de su potestad, le correspondía al gobierno de facto asumir la responsabilidad estatal frente a las necesidades propias de una sociedad moderna, y una de ellas era el ingreso de inmigrantes y la controlar estabilización de la política migratoria bajo una nacional, la cual más allá visión de seguridad de ser ésta su esencia y la de sus disposiciones reglamentarias”³⁷.

De aquello se desprende la existencia nulas garantías procedimentales para con el extranjero y la entrega de un control absoluto al aparato administrativo, que cuenta con una discrecionalidad tan amplia que no deja espacio para un proceso adecuado que permita realizarles un contrapeso a aquellas decisiones, incluso cuando la sanción de expulsión es la más gravosa que puede imponer un Estado contra una persona migrante.

³⁶ Stang, M. F. (2016). De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014. *Polis, Revista Lationamericana*, p. 86.

³⁷ Saavedra, D. (2017). Debido proceso en el Decreto: Ley que establece normas sobre Extranjeros en Chile. *Revista de Estudios Ius Novum*, p. 143.

3.1. La expulsión en el actual Decreto Ley N° 1.094

Como se mencionó en el capítulo anterior, ya se realizó el apartado respecto a la expulsión como pena sustitutiva, por lo que en este subtítulo solo se caracterizará el procedimiento administrativo de expulsión regulado en el mencionado DL N° 1.094.

La normativa actual le entrega la facultad de dictar las órdenes de expulsión al Ministerio del Interior y a las Intendencias Regionales. El Ministerio del Interior, por lo demás, también es el encargado exclusivo del otorgamiento y la prórroga de las autorizaciones de visa de turismo, así como de las temporales o definitivas (art. 6° DL N° 1.094) y aquel mismo marco normativo es el que le entrega una amplia discrecionalidad para la concesión de aquellos permisos, para lo cual el Ministerio solo debe atender a “la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional” (art. 13 DL N° 1.094).

Es el artículo 17 el que contempla la posibilidad de expulsión del territorio nacional propiamente tal, para aquellos extranjeros que se encuentren en el país, pero estén dentro de los casos con prohibición de ingreso que enumera el art. 15, o bien que incurran en aquellas conductas durante su estadía.

El catálogo de situaciones que considera el mencionado artículo son las siguientes:

- 1. Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado.*

Este numeral es indiciario de la aplicación de la Doctrina de la Seguridad Nacional en los temas migratorios, pues urgía eliminar y expulsar a aquel “enemigo” interno –como

se catalogaba al comunismo— y para ello se contemplaron sanciones bastante severas. Incluso, contemplaron dejar una discrecionalidad amplia para expulsar a aquellos que “constituyan un peligro para el Estado”, un concepto bastante extenso y que lamentablemente permite diversas arbitrariedades.

2. *Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios contra la moral o las buenas costumbres.*

El anterior numeral es de los más citados en la jurisprudencia a analizar y también es de los más problemáticos. Esto se da porque se ha gestado controversia respecto al término “dediquen”, muchas veces evitando las expulsiones en caso de que se haya incurrido solo una vez en aquella conducta, pues malamente un extranjero se “dedicaría” a aquellas prácticas si solo lo realizó una vez en toda su estadía.

Enseguida, otro de los problemas de este numeral es que se le entrega una excesiva discrecionalidad a la administración para dictar estas expulsiones en tanto también permite aplicarse contra los ejecuten “actos contrarios a la moral o las buenas costumbres”, englobando una desproporcionada cantidad de conductas.

3. *Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos;*
4. *Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social.*

A pesar de que este numeral es bastante riguroso, lo cierto es que pocas veces es utilizado como causal de expulsión o como causal de prohibición de ingreso. De partida es bastante difícil que un funcionario pueda identificar a priori la cantidad de “recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social”, así como tampoco existe un criterio objetivo para identificar cuántos recursos con suficientes para no caer en esta categoría, por lo que ha estado más bien en desuso.

5. *Los que sufran enfermedades respecto de las cuales la autoridad sanitaria chilena determine que constituyen causal de impedimento para ingresar al territorio nacional;*
6. *Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto;*
7. *Los que no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en este decreto ley y su reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el N°4 del artículo siguiente y en los artículos 35 y 83, y,*
8. *Los que habiendo incurrido en la comisión de los delitos tipificados en el inciso primero del art. 68 y en el art. 69, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional.*

Este último numeral refiere al art. 68 que establece sanción de prisión para el extranjero que ingrese al país valiéndose de documentos falsificados y al art. 69 que establece también una pena de prisión a los extranjeros que ingresaren por paso no habilitado.

El principal problema de estos artículos es que establecen pena de prisión y, recién una vez cumplida aquella, se le expulsará, en un claro caso de doble sanción amparada por nuestro ordenamiento jurídico.

Ya analizadas las causales, comienza el procedimiento de expulsión que “puede iniciarse por una solicitud del propio afectado, al pedir una visa cuyo otorgamiento sea rechazado, o por iniciativa de la autoridad ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones que establece el Decreto Ley”³⁸. Es importante en este aspecto destacar que el Decreto Ley N° 1.094 no establece un procedimiento propiamente tal, ni las etapas que este contiene, por lo que “en la actualidad, además de la falta de regulación, se infringen varias

³⁸ Lawson, D., & Rodríguez, M. (2016). El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. *Universidad Diego Portales: Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, p. 223.

garantías mínimas del debido proceso como son la defensa técnica especializada, la provisión de intérpretes y traductores y la información sobre el aviso consular, entre otras”³⁹.

Se agrega a aquello que, el procedimiento de expulsión no contempla un contradictorio –al ser una disposición administrativa– y el único recurso que se encuentra en la normativa está en el art. 89 del Decreto que establece un recurso de reclamación que podrá interponerse de forma fundada ante la Corte Suprema en un plazo de 24 horas.

No resulta difícil entender las complicaciones que trae para el migrante el tan solo interponer este recurso de reclamación. En primer lugar, la necesidad de tener fundar el recurso para un extranjero que muchas veces no habla el idioma del país, hará que difícilmente comprenda las circunstancias que motivaron su expulsión. Se agrega a aquello la inexistencia de defensa letrada, por lo que ya se le deja en inseguridad frente a la judicialización de su caso. De la misma manera, el acotado plazo de 24 horas deja tan poco rango de acción que para el momento en que el extranjero finalmente entiende lo que debe hacer, el plazo ya expiró.

Es difícil conocer a ciencia cierta en lo que pensaba el legislador al momento de crear este Decreto, pero no es una inferencia descabellada el afirmar que el marco normativo se encuentra organizado en miras a que el proceso de expulsión sea lo más rápido posible y que ojalá no implique costos para el aparato administrativo. La falta de consideración a la gravedad de la sanción que se está interponiendo y la indefensión en la que se deja al extranjero expulsado es notable. Es decir, no bastando con la amplia y desproporcionada discrecionalidad que se le entrega al órgano administrativo, además se le entregan nulas garantías al extranjero expulsado para que pueda rebatir la decisión.

A modo de conclusión y para resumir la situación actual, ilustrativo resulta señalar que “la realidad de hoy en día, en materia de expulsión del migrante por medio de la legislación vigente, es que la discrecionalidad permite la fácil vulneración legal –por cuanto permite tal atribución la ley– de decretar la expulsión inmediata de los migrantes irregulares,

³⁹ Ibid., p. 224.

mediante un acto administrativo exento de toma de razón, el cual suscribirá el respecto del lugar donde se encuentre el intendente regional afectado, poniendo así el manto de la vulneración al derecho de la reunificación familiar, la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad; la inviolabilidad del hogar, acceso a la justicia, detención ilegal, y muchos otros bajo un inaparente debido proceso, son transgredidos por la administración a razón del motive discrecional, propiciado por la ineficiente institucionalidad reaccionaria que actualmente tiene Chile en materia migratoria”⁴⁰.

Ante aquella situación es que surge la utilización del recurso de amparo, cuya utilización terminó siendo la única vía posible de impugnación ante decretos arbitrarios y desproporcionales. Su utilización y su factibilidad serán analizados en el próximo capítulo.

3.2. El procedimiento de expulsión en la nueva Ley Migratoria

En abril de 2021 fue publicada la Ley N° 21.325 “De Migración y Extranjería” que entrará en vigencia cuando se publique su reglamento.

Dentro de esta ley se solucionan varios problemas que acarrea la actual regulación. En primer lugar, el art. 3° proporciona un notable avance en garantizar de manera estatal la protección y el respeto de los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, “sin importar su condición migratoria”. Lo que representa un positivo avance en relación a la regulación anterior que más bien veía en el extranjero a un enemigo. De la misma manera, representa finalmente la alineación de la norma con los Tratados Internacionales firmados por Chile.

Otro destacable avance se encuentra lo consagrado en el art. 5°, en tanto entrega al Estado la tarea imperativa de entregar al extranjero “información íntegra, oportuna y eficaz acerca de sus derechos y deberes”, además de garantizar que aquella deba comunicarse en el idioma nativo del migrante de forma “transparente, suficiente y comprensible”.

⁴⁰ Saavedra, D. op. cit. p. 154.

Es ahora el art. 21 el que se encarga de garantizar un debido proceso para los extranjeros y obliga al Estado a “asegurar un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley”. Este artículo viene a subsanar las notables arbitrariedades que se podían propiciar en la anterior legislación y es un avance muy importante para que los migrantes puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

En relación a las prohibiciones de ingreso, la nueva ley divide entre prohibiciones imperativas (art. 32) y prohibiciones facultativas (art. 33). Las primeras prohíben el ingreso a los extranjeros que:

- 1. Hayan sido condenados, se encuentren procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente en el extranjero, por pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas o se encuentren registrados en la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), o la organización que la reemplace o suceda por cualquiera de los hechos señalados anteriormente. Esta prohibición también recaerá sobre aquellas personas que ejecuten o hayan ejecutado hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional o la seguridad interior.*

Como podrá notarse, otro avance de la nueva legislación consiste en desprenderse de la herencia de Dictadura y la aplicación de la Doctrina de Seguridad Nacional al modificar el numeral 1° de las causales de expulsión que, si bien se mantiene en la misma línea “antiterrorista”, esta vez requiere que caigan en un tipo penal y no se refiere de manera abstracta a personas que propaguen “doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno” ni a “los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas”. Dejando atrás aquellas detenciones y expulsiones por meras sospechas, reduciendo el marco de aplicación de este numeral.

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

Se debe hacer énfasis en este numeral para hacer notar la mejoría en cuanto a la redacción en comparación al art. 15 N°2 del DL 1.094. Ya no se usan vocablos tales como “dedicarse” a las actividades, sino que se exige que el extranjero ya haya sido condenado o se encuentre en un proceso judicial pendiente. Esto sin duda es un avance en la dirección

correcta, habida cuenta que resta discrecionalidad a la administración y se evita una compleja discusión jurisprudencial respecto a lo que significa “dedicarse”, como ha ocurrido y se analizará en capítulos posteriores.

6. *Hayan sido condenados en Chile por crimen o simple delito, cuya pena no esté prescrita, o no haya sido efectivamente cumplida, con excepción de aquellos casos en que deban reingresar al país para efectos de dar cumplimiento a la condena.*

En este numeral también corresponde detenerse, pues muy por el contrario a lo que el legislador tenía en mente en el año 1975, esta vez se encuentra garantizado el principio de *non bis in ídem* al entender que un extranjero infractor, a pesar de haber cometido un delito, no debe ser sancionado con la expulsión o la prohibición de ingresar al país si es que su pena ya se encuentra cumplida.

7. *Hayan sido sancionados con medidas de prohibición de ingreso o tránsito mediante una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.*
8. *No cumplan los requisitos de ingreso establecidos en esta ley y su reglamento y en los decretos respectivos que fijan las categorías migratorias.*
9. *Hubieren contravenido normas fundamentales del derecho internacional, o estén procesados o condenados por el Tribunal Penal Internacional.*

En tanto las prohibiciones facultativas, señala la Ley que *podrá* impedirse el ingreso a los extranjeros que:

1. *Hayan sido condenados en el extranjero en los últimos diez años por actos que la ley chilena califique de crimen o en los últimos cinco años por actos que la ley chilena califique de simple delito. También se podrá impedir el ingreso a aquellos extranjeros que, respecto de crímenes o simples delitos, se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero o se encuentren prófugos de la justicia.*

2. *Registren antecedentes penales en los archivos o registros de la autoridad policial, canalizados a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).*
3. *Hayan sido expulsados o deportados de otro país por autoridad competente, en los últimos cinco años, por actos que la ley chilena sancione con expulsión o deportación.*
4. *Realicen declaraciones, ejecuten actos o porten elementos que constituyan indicios de que se disponen a cometer un crimen o simple delito de acuerdo con la legislación penal chilena.*
5. *Realicen declaraciones o porten elementos que acrediten que el motivo de su viaje difiere de aquel para el cual se obtuvo la visa correspondiente o se solicitó el ingreso al país.*

En relación al recurso administrativo de reclamación que fue anteriormente contemplado en el art. 89 del DL 1.094, esta vez se encuentra regulado en el art. 35 de la nueva ley, permitiendo al extranjero al cual se le ha prohibido el ingreso que recurra desde el exterior mediante presentación escrita ante los consulados chilenos, teniendo un plazo de quince días para presentarlo.

Finalmente, esta ley contempla el Título VIII dedicado exclusivamente a la sanción de expulsión, su procedimiento y sus causales. Así, el art. 126 es el que entrega, una vez más, la facultad de decidir expulsiones a la administración, esta vez, al director del Servicio Nacional de Migraciones (SERMIG), órgano creado en esta misma Ley.

La Ley separa causales de expulsión dependiendo de la condición migratoria del extranjero, así, el art. 127 establece las causales de expulsión para el extranjero con permanencia transitoria que son las siguientes:

1. *Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en el artículo 32, con excepción de lo dispuesto en el*

Nº 2 de dicho artículo, salvo que respecto a las primeras se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29.

- 2. Incurrir durante su permanencia en el país en alguna de las causales del artículo 32, con excepción de la señalada en el número 2 de dicho artículo.*
- 3. No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país señalada en el artículo 91, dentro del plazo fijado por resolución del Director Nacional del Servicio.*

Es de importancia señalar que la orden de abandono es aquella que emana tras haberse detectado que el extranjero se encuentra dentro de las causales de prohibición de ingreso.

- 4. Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de permanencia transitoria.*
- 5. Reincidir en la conducta de ejercer actividades remuneradas sin tener autorización o estar habilitado para ello, habiendo sido sancionado previamente por esta misma conducta.*
- 6. Efectuar declaraciones falsas, adulteración o falsificación en cualquier clase de documento al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o para obtener un beneficio migratorio para sí o para un tercero.*

Mientras que, para los extranjeros en condición de residentes, las causales de expulsión son:

- 1. Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en los números 1 u 8 del artículo 32, salvo que se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29.*
- 2. Incurrir durante su residencia en el país en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 5 u 8 del artículo 32.*
- 3. No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país señalada en el artículo 91, dentro del plazo fijado por resolución del Servicio.*

4. *Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de residencia sin haber solicitado su renovación en el plazo de nueve meses, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 37, contado desde el vencimiento del mismo, salvo que por caso fortuito o fuerza mayor el extranjero no pudo realizar tal renovación.*

En relación a los recursos que proceden contra la medida de expulsión, se regula en el art. 141 un recurso judicial especial y dedicado exclusivamente contra aquella decisión. En él, se contempla un recurso que se debe interponer de manera fundada ante la Corte de Apelaciones respectiva en un plazo de diez días. El recurso una vez interpuesto suspenderá la medida de expulsión y gozará de preferencia para su vista y fallo. El mismo artículo contempla el derecho a la defensa jurídica letrada, “en igualdad de condiciones que los nacionales”.

No cabe duda de que la legislación avanza muchísimo en otorgar una igualdad real entre el extranjero y el nacional, y finalmente se preocupa de velar por los derechos de los migrantes. El acceso a defensa letrada, la ampliación del plazo para interponer el recurso, la entrega de información en el idioma nativo del extranjero de manera eficiente y transparente sin duda son avances tremendos en vista a evitar dejar en indefensión al migrante, garantizar un debido proceso y, sobre todo, dejar atrás una obsoleta legislación que veía al extranjero como un enemigo.

CAPÍTULO IV: El recurso de amparo en decretos de expulsión

Respecto de la utilización del recurso de amparo, lo cierto es que de buenas a primeras los tribunales se mostraron reacios a aceptar su utilización para revisar decretos de expulsión.

Como se indicó en el capítulo anterior, el DL N° 1.094 contempla dentro de sus disposiciones un procedimiento de reclamación para las expulsiones, el art. 89 otorga la posibilidad de reclamar la expulsión dictada por decreto supremo ante la Corte Suprema sin necesidad de contar con un abogado –esto es, “por sí o por medio de algún miembro de su familia”– pero presenta el principal problema de un muy acotado plazo de veinticuatro horas para su interposición.

Es ahí donde ha entrado en juego el recurso de amparo, aquel “poder jurídico que tiene todo individuo de pedir al órgano jurisdiccional la protección de su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”⁴¹. Entendido de esta forma, el recurso de amparo tiene la ventaja de no tener un plazo para interponerlo, sino que se puede interponer siempre y cuando continúe la privación, perturbación o amenaza a la libertad.

A pesar de mostrarse renuentes a aceptar este recurso como idóneo para garantizar la libertad de personas migrantes, lo cierto es que con el pasar del tiempo lo han aceptado prácticamente como el único recurso útil para salvaguardar la situación de los migrantes. “Fundamentalmente, la Corte Suprema ha acogido los habeas corpus interpuesto considerando tres argumentos: a) la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad; b) el actuar ilegal de la autoridad administrativa durante la ejecución de la orden de expulsión; y c) la falta de proporcionalidad o fundamentos de las órdenes de expulsión”⁴².

⁴¹ Varas, P. (2010). El recurso constitucional de amparo. En R. Tavolari, *Doctrinas esenciales: Derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 897.

⁴² Henríquez, M. (2013). El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013). *Revista Ius et Praxis*, p. 374

Pero, ¿es realmente el recurso adecuado?; a priori no parece serlo, sin embargo, las Cortes lo han aceptado sistemáticamente habida cuenta de la indefensión en la que quedaría si el migrante no pudiera apelar a las decisiones de la autoridad. Se dice que no parece serlo porque para resolver varios casos cabe atender a condiciones sociales y familiares del afectado que no deberían tomarse en cuenta teniendo en cuenta las limitantes del recurso, esto, que se debe utilizar para reclamar más bien aspectos formales de la decisión administrativa que perturba la libertad individual, y el tribunal no debería resolver más allá de eso. De ahí que exista un cierto activismo en las sentencias cuando se toman en cuenta factores tales como la cantidad de tiempo que el afectado ha pasado en nuestro país o la familia que tiene aquí.

Afortunadamente –como se trató el capítulo anterior– la nueva ley entrega un procedimiento recursivo especial y adecuado para las características de la sanción. Se suma a esto que la nueva legislación también añade en el art. 129 las consideraciones que deben tomarse al momento de dictar una orden de expulsión, allí expresamente se obliga al órgano administrativo a considerar las situaciones de contexto que antes solo el tribunal consideraba de manera ex post.

Señala el artículo que:

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

1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión.
2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener.
3. La reiteración de infracciones migratorias.
4. El período de residencia regular en Chile.
5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.
6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.

7. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional.”

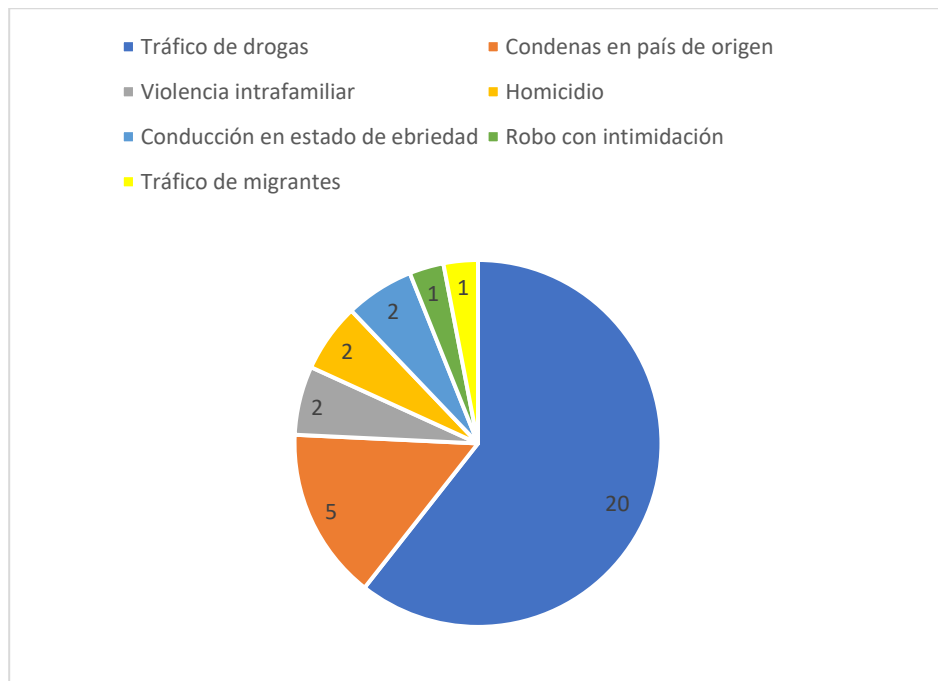
Esto se presenta como un avance en materia de regulación de la discrecionalidad administrativa, y permite formular un control *ex ante* para regular las decisiones y no esperar a que el tribunal sea el encargado de verificar las circunstancias del afectado. Contribuyendo de esta forma a que las sanciones sean más justas, fundadas y proporcionales.

CAPÍTULO V: Análisis jurisprudencial

5.1. Metodología de análisis

Durante el año 2021 se revisaron 110 recursos de amparo interpuestos por extranjeros ante las respectivas Cortes de Apelaciones entre los años 2014 y 2019. Los motivos por los cuales se interpusieron son variados, así como también lo son las circunstancias personales que rodean el amparado. Por ello, se realizó una selección solo de aquellos casos en los cuales los extranjeros fueron condenados de manera penal y posteriormente fueron expulsados de manera administrativa, resultando en una selección de solamente 33 sentencias que resultan útiles en tanto la resolución de la respectiva Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema tiende a decidir considerando los principios de proporcionalidad y el *non bis in ídem*.

De aquellas sentencias, los delitos por los cuales fueron condenados y que posteriormente sirven de base para la expulsión administrativa son los siguientes:



Como se podrá observar de la gráfica anterior, la mayor parte de los condenados posteriormente expulsados lo han sido por el delito de tráfico de drogas. Por aquella razón, la selección se hará aún más estrecha para solo seleccionar a extranjeros que hayan cometido aquel delito, tengan su pena cumplida y sean posteriormente expulsados. Esto en línea con los propósitos del trabajo, pues lo que se pretende mostrar es de qué manera se aplican (o no) los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem* en las sentencias, así como analizar constantes disparidades de criterios y contrastes en el razonamiento. Y para realizar aquello, la mejor manera es solo considerar casos en que las Cortes se enfrenten a situaciones relativamente similares, en las que en su mayoría solo varían los elementos contextuales del amparado. Sobre esto último, la más grande variación que se apreciará será que en cuatro de los casos seleccionados, los extranjeros fueron condenados por tráfico de drogas en su país de origen y no en Chile, pero su condena también se encuentra cumplida.

La selección final de sentencias será de un total de veinticuatro, de las cuales cuatro fueron condenas cumplidas en el extranjero, siendo el desglose como sigue:

Fecha	Corte	Rol	Resultado
29-04-2014	Corte Suprema.	9098-2014	Rechazado.
10-06-2015	Corte de Apelaciones de Santiago.	992-2015	Acogido.
24-12-2015	Corte de Apelaciones de Temuco.	1370-2015	Acogido.
15-11-2016	Corte de Apelaciones de Antofagasta.	70-2016	Rechazado.
07-12-2016	Corte Suprema.	95085-2016	Acogido.
13-12-2016	Corte Suprema.	97645-2016	Acogido.
21-03-2017	Corte Suprema.	8397-2017	Acogido.
17-04-2018	Corte Suprema.	6379-2018	Rechazado.
07-05-2018	Corte Suprema.	8240-2018	Rechazado.
28-05-2018	Corte Suprema.	8946-2018	Acogido.
27-11-2018	Corte Suprema.	29592-2018	Rechazado.
15-03-2019	Corte de Apelaciones de Iquique.	20-2019	Acogido.
15-03-2019	Corte de Apelaciones de Antofagasta.	23-2019	Acogido.
19-03-2019	Corte de Apelaciones de Santiago.	370-2019	Acogido.
20-03-2019	Corte de Apelaciones de Santiago.	388-2019	Acogido.
21-03-2019	Corte de Apelaciones de Santiago.	383-2019	Rechazado.
22-03-2019	Corte de Apelaciones de Santiago.	405-2019	Rechazado.
25-03-2019	Corte de Apelaciones de Iquique.	22-2019	Acogido.
28-03-2019	Corte Suprema.	7777-2019	Acogido.
28-03-2019	Corte Suprema.	7780-2019	Rechazado.
28-03-2019	Corte de Apelaciones de Arica.	34-2019	Acogido.

28-03-2019	Corte de Apelaciones de Santiago.	430-2019	Rechazado.
04-04-2019	Corte de Apelaciones de Arica.	39-2019	Rechazado.
15-04-2019	Corte Suprema.	9217-2019	Rechazado.

La forma de análisis que prosigue se realizará con pequeñas fichas que informan lo sustantivo a los hechos del caso, así como su rol y la Corte que toma la decisión. Sobre aquello cabe agregar que no todas las sentencias –como se podrá notar del cuadro anterior– son dictadas por la Corte Suprema. El recurso de amparo propiamente tal es decidido por la respectiva Corte de Apelaciones y la apelación a tal resolución es decidido por la Corte Suprema. Con esto en mente, muchas veces el razonamiento de la Corte Suprema solamente se remite a confirmar la sentencia de alzada sin entrar a analizar el fondo, en tales casos el la sentencia a analizar será la de la Corte de Apelaciones, por lo que el rol corresponde a aquella decisión.

5.2. Condenados por delito de tráfico de drogas en Chile

De la selección total, veinte de ellas corresponden a extranjeros condenados por tráfico de drogas en Chile y con condena cumplida en nuestro país. De aquellos, en diez ocasiones se ha acogido el recurso y diez ocasiones se ha rechazado.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	29-04-2014
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	9098-14
Tipo de recurso:	Apelación de recurso de amparo.
Resultado:	Rechazado.
Resumen del caso:	Ciudadana extranjera de nacionalidad boliviana es condenada por el delito de tráfico de drogas a 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, cumpliendo su pena en libertad condicional. Dicha condena fue cumplida satisfactoriamente el día 18 de febrero del 2014.

	El Decreto N°512 del 08 de julio de 2011 ordena la expulsión de la ciudadana basado en el art. 15 N°2 DL 1094. De esto recién toma conocimiento en abril del año 2013, cuando se dirigió al Registro Civil para renovar su cédula de identidad.
--	---

El caso en comento tiene especial importancia principalmente por el voto en contra del ministro Sr. Lamberto Cisternas. La Corte de Apelaciones de Antofagasta –con una mirada eminentemente formalista– decidió rechazar el recurso de amparo al no presenciar arbitrariedades en la decisión del órgano administrativo y estimar que actuó en el ámbito de sus funciones.

El voto en contra se muestra como contrario a aquel formalismo mostrado por la Corte de Apelaciones –y en última instancia, también por la Corte Suprema–, pues el enfoque del Ministro Sr. Cisternas está puesto en las circunstancias que rodean al caso concreto, por ello está por acoger el recurso de amparo al considerar que la persona ha vivido desde el año 1999 en Chile, tiene un hijo de nacionalidad chilena y en definitiva porque “cumplió satisfactoriamente la medida sustantiva – y rehabilitadora – de libertad vigilada, aunque derivada de un delito de tráfico, obran en su beneficio, en una apreciación de mérito de ellos; de tal forma que la medida se torna inadecuada – por arbitraria–, en especial si se considera el sentido globalizado de la vida moderna y la prevalencia que ha de darse a los derechos fundamentales de las personas, que ciertamente se ven afectados con la medida impugnada.”

Finalmente se desenvuelve por una línea más acorde al escenario real que a la textualidad de la ley. Lamentablemente el derecho a la reinserción no está consagrado en la Carta Fundamental y por ello, este voto en contra solo quedará –por ahora– como activismo de un ministro que decidió apartarse de la literalidad de la norma para obedecer a algo más grande que aquello: los derechos fundamentales de todas las personas.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	10-06-2015
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Santiago.
N° de ingreso a la Corte:	992-2015
Tipo de recurso:	Recurso de amparo.
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema).
Resumen del caso:	<p>Ciudadano argentino que ingresó al país el día 25 de febrero de 2009 y fue condenado con fecha 08 de junio de 2011 a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de tráfico de drogas. Se le concedió la remisión condicional de la pena y se declaró cumplida la pena el 08 de julio de 2012.</p> <p>Con fecha 29 de agosto de 2014 se ordenó la expulsión del ciudadano conforme a lo dispuesto en el art. 15 N° 2 DL 1.094.</p> <p>La defensa reclama que el DL N°409 establece que las personas que hayan cumplido su pena tendrán derecho que se considere como si nunca hubieren delinquirido para todos los efectos legales y administrativos. También agregan la existencia de arraigo familiar, pues tiene dos hijas chilenas, menores de edad.</p>

El razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago en el presente caso –a diferencia del revisado precedentemente– considera como principal factor la situación actual del amparado, pues para acoger el recurso toman como argumento central la extensa cantidad de tiempo que pasó desde que se le condenó (2011) y la dictación del decreto de expulsión (2014), a lo que agregan lo indicado en el art. 1° del Decreto Ley N°409 según el cual el condenado tiene derecho que “se le considere como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos”. Dentro de las sentencias seleccionadas, esta es una de las primeras en las cuales el tribunal acoge esta pretensión de la defensa, pues suele ser difícil enmarcar al amparado en aquellas condiciones. De la misma manera, es uno de los pocos preceptos

legales que permiten salvaguardar el principio *non bis in ídem*, por ello la decisión del tribunal parece adecuada, pues el trabajo de reinserción ha funcionado considerando que al momento de dictar sentencia el extranjero no tenía ningún otro tipo de sanción pendiente.

En segundo lugar, también tomaron como argumento para su decisión el hecho de tener dos hijas menores de edad de nacionalidad chilena, por lo que estimaron que “su permanencia aparece más bien conveniente”.

Es destacable que este sea el primer caso en la revisión en el cual el tribunal se aparta propiamente tal del formalismo que rodea a un recurso de amparo, analizando bajo un prisma de proporcionalidad la situación que rodea al caso, evitando una sanción arbitraria. Lo cierto es que el ciudadano ya viviendo más de diez años en el país y habiendo probado insertarse debidamente de vuelta a la sociedad tras la comisión de un delito, corresponde y “resulta conveniente” que no se le expulse. Así también lo entendió la Corte Suprema al confirmar en todas sus partes la analizada sentencia de alzada.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	07-12-2016
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	95085-2016
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Acogido (revoca sentencia de la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana peruana que vive en Chile desde los nueve años. Condenada a cuatro años de presidio menor en su grado máximo por el delito de tráfico de drogas, condena que fue cumplida el 27 de noviembre de 1998 mediante el beneficio de libertad condicional. El decreto de expulsión fue dictado el 02 de agosto de 2006 por infracción al art. 15 N°2 del DL 1.094.</p> <p>En el país está casada con un ciudadano chileno y tiene tres hijas y ocho nietos, todos de nacionalidad chilena.</p> <p>La amparada señala que se afecta de manera ilegítima el derecho a la libertad de circulación al no cumplirse con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Agrega a ello que es una persona de edad avanzada y que se encuentra recibiendo tratamientos de salud en nuestro país.</p> <p>Finalmente añade que se infringe el art. 1° de la Constitución al romper los lazos familiares que la amparada tiene con el país.</p>

Esta sentencia es de vital importancia para los propósitos del presente trabajo pues enfrenta dos miradas frente al recurso de amparo. En principio la Corte de Apelaciones de Arica decidió de manera sumamente formalista y desechó las pretensiones de la amparada por meros aspectos de límites del recurso de amparo, tanto así que en el considerando cuarto de la sentencia de alzada decidieron que “la situación familiar invocada no es un elemento que pueda importar una entidad tal que sea capaz de tornar en ilegal la decisión adoptada, ni sea

este un elemento que permita soslayar con ligereza el cumplimiento de los deberes legales que pesan sobre la extranjera” y rechazaron el recurso.

Esta es una viva imagen de un formalismo extremo que se tomó al momento de enfrentarse al recurso de amparo, pues aquel prescinde de toda consideración del contexto que rodea a la amparada como lo son sus lazos familiares, el largo tiempo que ha vivido en el país, su avanzada edad y la forma en que se ha reinsertado a la sociedad tras cumplir su condena. Sin lugar a dudas parece una decisión que no es proporcional con la situación actual de la recurrente y, de hecho, proviene de un decreto de expulsión viciado que se dicta casi ocho años después de cumplida la pena y que se quiere hacer cumplir diez años desde que fue ordenado. Completa oposición con el caso anterior revisado en el cual la Corte sí tomó en consideración la cantidad de tiempo pasado entre la comisión del delito y la dictación del Decreto de expulsión. Se agrega a aquello que vive en nuestro país desde los nueve años, es decir, ha vivido la gran parte de su vida en el país y actualmente es una persona de avanzada edad, ¿cómo esta expulsión reviste proporcionalidad para el criterio de la Corte de Apelaciones? Vale hacer notar que ya en solo tres sentencias revisadas los criterios han variado notablemente.

Afortunadamente la Corte Suprema se desvió –y con justa razón– del formalismo de la sentencia de alzada y la corrigió. Tomando en consideración que la condena por tráfico de drogas se presenta como una conducta aislada en la vida de la amparada, además de que “la sanción impuesta fue cumplida íntegramente, parte de ella bajo una modalidad –libertad condicional– que supone que la amparada se encontraba, al momento de su concesión, corregida y rehabilitada para la vida social”. Esto es relevante pues, si bien no se menciona de manera textual el principio *non bis in ídem*, el razonamiento citado tiende a evitar una doble sanción entendiendo que aquello sería contraproducente con los objetivos de reinserción que se tuvieron en cuenta en sede penal.

Lo que sí se menciona textual en la sentencia de la Corte Suprema es la necesaria proporcionalidad en la sanción que se estima quebrantada al no atenderse a las circunstancias personales de la amparada como lo son su avanzada edad y lo extemporáneo de la sanción.

Finalmente concluyen que al órgano administrativo se le “exige, tratándose de actuaciones administrativas de naturaleza sancionadora, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad”, lo que claramente no se sigue en esta situación. Por ello están por acoger el recurso y revocar lo decidido por la Corte de Apelaciones.

Dos sentencias que siguen líneas jurisprudenciales distintas, una Corte de Apelaciones que se ciñe a la literalidad de la norma y una Corte Suprema más “activista” que, a juicio de este trabajo, aplica correctamente el principio de proporcionalidad para salvaguardar derechos fundamentales de una ciudadana que de otro modo habría quedado en total indefensión.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	13-12-2016
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	97645-2016
Tipo de recurso:	Apelación Recurso de Amparo
Resultado:	Acogido (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana dominicana llegó al país el año 2005 y abrió una peluquería en la que se desempeña hasta el día de hoy. En el país, además, tiene cuatro hijos y cinco nietos de nacionalidad chilena.</p> <p>El año 2013 fue condenada a la pena de 3 años y 1 día por el delito de tráfico de drogas, concediéndole la libertad vigilada con pena cumplida el 13 de septiembre de 2016.</p> <p>Se ordena su expulsión con el Decreto N°473 del 16 de abril de 2015 basado en el art. 15 N°2 del DL 1094.</p> <p>La amparada alega que el decreto vulnera el derecho a la libertad personal, que la conducta no se enmarca en las del artículo anterior por faltar la “habitualidad” en la conducta y finalmente que existe un gran arraigo familiar en el país.</p>

Esta causa tiene notables similitudes con la anterior en tanto es una ciudadana extranjera que ha vivido durante mucho tiempo en el país, tiene condena cumplida y presenta arraigo familiar y laboral. Una vez más la Corte de Apelaciones –esta vez la de Santiago– es explícita en ceñirse a literalidad de la ley al destacar en su considerando octavo que “el amparo constitucional es la vía idónea para reclamar por conculcación a la libertad personal, sin que esta vía considere la situación familiar, para decidir acerca de su procedencia, aspecto que no interesa para resolver este recurso”.

Un importante argumento que también presenta la Corte de Apelaciones está al momento de decidir sobre la habitualidad de la conducta ilícita. Aquí queda evidenciado otro de los problemas que tiene el DL 1.094 pues en su artículo 15 N° 2 –como se mostró en el

Capítulo III– aquel indica que se sanciona a aquellos “que se dediquen” al tráfico de drogas, por lo que es dable inferir que la realización solo una vez de aquella conducta no cabe dentro de esta situación, así lo entendió la Corte de Apelaciones al indicar que “si bien la norma transcrita utiliza el verbo “dedicar”, no puede entenderse que ello signifique la exigencia de habitualidad o perseverancia en la comisión de los ilícitos que denuncia, pues se trata de ilícitos de tal gravedad y dañosidad social, que basta la condena por la comisión de uno solo de ellos para justificar la expulsión del extranjero sancionado como autor de los mismos”. Teniendo tales argumentos como suficientes para rechazar el recurso.

Es nuevamente la Corte Suprema la que cambia la sentencia de alzada y finalmente acoge el recurso, si bien no terminan de definir la exigencia de “habitualidad” para encasillar una conducta en el art. 15 N°2, están por acoger el recurso tras conocer las circunstancias personales de la amparada, esto es “el tiempo de residencia en nuestro país y el contar con familia constituida” y estimar que por esas razones la decisión de expulsar es desproporcional.

El requisito de “habitualidad” para encasillar las conductas en el art. 15 N°2 del DL 1.094 es un problema común en la jurisprudencia seleccionada, habiendo un notable contraste y dispersión en cuanto a tomarlo en cuenta o no. Lo que se verá en páginas siguientes.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	21-03-2017
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	8397-2017
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Acogido (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana dominicana ingresó a Chile el año 2013 de manera regular, fue condenada por tráfico de drogas el 11 de septiembre de 2013 a tres años de presidio menor en su grado medio, sin embargo, se le sustituyó por la remisión condicional de la pena.</p> <p>El día 11 de noviembre de 2014 se dicta decreto de expulsión contra la ciudadana y se cumple la pena el 18 de febrero de 2017. Actualmente se encuentra en situación de convivencia con un ciudadano chileno y tiene dos hijos chilenos.</p> <p>La amparada reclama la afectación al artículo 1° de la Constitución por separar una familia constituida y que falta la habitualidad para encasillar esta conducta dentro del caso del art. 15 N°2 del DL 1.094.</p>

En la misma línea de los casos anteriores, la situación de hecho es muy similar. Esta vez la Corte de Apelaciones de Talca simplemente estimó que el órgano administrativo obró en el ámbito de sus atribuciones y rechazó el recurso de amparo. Es decir, se ciñeron a la línea más formalista.

La Corte Suprema sí se hace cargo de las pretensiones de la amparada y finalmente toman una postura respecto a la exigencia de “habitualidad”, al señalar en el considerando cuarto 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”. Es menester hacer

hincapié en la dirección en la cual se decanta la Corte Suprema, al exigir la habitualidad en realización de las conductas, pues en casos siguientes no siempre será así.

Finalmente añaden a aquel argumento la situación de arraigo familiar de la amparada para decidir que la dictación del decreto carece de proporcionalidad, acogiendo el recurso.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	17-04-2018
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	6379-2018
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano peruano que ingresó a Chile el 2005, teniendo un hijo chileno nacido el 2010 y viviendo durante más de 13 años en el país.</p> <p>Fue condenado el año 2015 por el delito de tráfico de drogas a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo cumpliendo bajo libertad vigilada. Actualmente la pena se encuentra cumplida y el decreto de expulsión fue notificado en febrero de 2018.</p> <p>El recurrente alega las llamadas “Reglas de Brasilia” en especial las reglas 3, 4 y 13, pues al ser migrante y padre de familia, es el único sustento de su familia. De la misma manera, cita la Convención de los DDHH art. 7 y 22 para señalar que la expulsión afecta a su núcleo familiar y su libertad ambulatoria.</p> <p>Añade a aquello la falta de habitualidad para encasillar la conducta en el art. 15 N°2 DL 1.094 y asimismo reclama la afectación al <i>non bis in ídem</i> pues ha sido sancionado penalmente y administrativamente.</p> <p>Finalmente sostiene que la medida de expulsión no atiende a los objetivos de resocialización y no cumple con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.</p>

Uno de los pocos casos en los cuales el recurrente cita varias normativas e incluso tratados internacionales que no se habían revisado en sentencias anteriores. Sobre aquello se debe recordar que Chile es un país que ha aceptado y ratificado la Convención Americana de

Derechos Humanos y aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), esto “implica no dictar resoluciones manifiestamente incompatibles con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado e intentar armonizar en el mayor grado posible las normas internacionales y las internas con una interpretación sistemática y finalista”⁴³, también implica aceptar garantías mínimas procesales que se han gestado por la jurisprudencia de la CtIDH, entre las que se destaca el principio de interés superior del niño y la unidad familiar, por lo que “cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar, debido a la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe contemplar las circunstancias particulares del caso concreto, garantizando así una decisión individual, y debe perseguir un fin legítimo, ser idónea, necesaria y proporcionada”⁴⁴

Esto respecto a lo que ha señalado la doctrina respecto a la aplicación de los estándares internacionales. La jurisprudencia, en este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago, no se hizo cargo explícitamente de los Tratados Internacionales, pero sí acogió el recurso de amparo basándose en los lazos familiares del recurrente y la preservación de la unidad familiar como lo indican aquellos. Además, estuvo por seguir la misma línea jurisprudencial de los casos revisados anteriormente y estimar que una sola conducta no satisface el tipo del art. 15 N°2 DL 1.094, sino que debe “dedicarse” al tráfico de drogas.

Ahora, contrario a todo pronóstico, es la Corte Suprema la que un año más tarde se va contra su propia línea jurisprudencial, al decidir totalmente lo contrario al caso anterior y señalar que “el N° 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1094, no implica una exigencia de habitualidad o reincidencia en los ilícitos y conductas que enuncia, como postula la defensa”. No se hace cargo del arraigo familiar, de la condena cumplida y sus fines rehabilitadores ni tampoco de los tratados internacionales.

Este fallo es bastante ilustrativo de las contradicciones que existen en la jurisprudencia, al no poder mantener una línea clara de si se necesita o no “habitualidad” en

⁴³ Díaz Tolosa, Regina (2020). Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno. *Revista de estudios constitucionales*, p. 3

⁴⁴ *Ibid.* p. 12

las conductas para englobarlo en la categoría del art. 15 N°2. Esto es una arbitrariedad tremenda y absurda, pero son parte de los problemas que trae consigo un Decreto Ley N° 1.094 que entrega más dudas que certezas con su redacción.

Tampoco contribuye a aquello la divergencia de decisiones que se entregan por la Corte Suprema, que tan solo un año más tarde, al enfrentarse a un caso similar a los revisados, no considera la decisión de la administración desproporcional y deja a una familia sin su único sustento. En el mismo sentido no consideran que se infrinja el *non bis in ídem* a pesar de que el ciudadano no registra ninguna otra condena y se encuentra correctamente reinsertado a la sociedad, trabajando de manera regular en el país. Pero por un solo delito se le sanciona no solo penalmente, sino que también mediante expulsión, un argumento del cual, por lo demás, no se hace cargo la Corte de Apelaciones ni la Corte Suprema.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	07-05-2018
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	8240-2018
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano colombiano condenado por tráfico de drogas el 08 de septiembre de 2014 a la pena de 3 años y 1 día, luego de haber llegado a Chile el año 2013 junto a su pareja y su hija. La pena fue sustituida por libertad vigilada y se dictó decreto de expulsión el día 16 de abril de 2015 basado en el art. 15 N°2 del DL 1094.</p> <p>El recurrente esgrime como argumentos principales la existencia de arraigo laboral al encontrarse trabajando esporádicamente en trabajos de construcción y además el arraigo familiar, pues su pareja y su hija tienen permanencia definitiva.</p>

En este caso la Corte de Apelaciones de Arica también se desvió por la exigencia de “habitualidad” para encasillar la conducta dentro de las contenidas en el art. 15 N°2 DL 1.094, por lo que una sola conducta aislada no permite enmarcar el caso en aquel artículo. Añaden a aquello que tomaron en cuenta el arraigo familiar esgrimido y decidieron acoger el recurso pues la conducta ilícita solo sucedió una vez durante toda su estadía en Chile.

Completamente distinto enfoque toma la Corte Suprema, pero redactan un fallo calcado al anterior, de hecho, el considerando cuarto y quinto de la sentencia son iguales. Sin embargo, en este caso las circunstancias de hecho varían comparándolo con los anteriores, pues es cierto que al extranjero le entregaron un permiso de residencia temporal por seis meses con fecha 11 de abril de 2014 y que el 08 de septiembre de ese mismo año fue condenado por tráfico de drogas, cometiendo un delito a tan solo unos meses de su ingreso.

No parece que esta sanción –a diferencia del caso anterior, por ejemplo– sea desproporcional, pues el migrante ingresó e inmediatamente cometió el delito del cual recién terminó de cumplir la pena el año 2017, con lo que difícilmente se podrá probar un arraigo y motivaciones para quedarse en el país.

Pero una crítica realizable a este razonamiento es que las sentencias 6379-2018 y la que está en revisión son prácticamente iguales, lo que no parece indicar que la Corte Suprema se haya adentrado en el análisis de este caso en particular, a pesar de que lo que se decide es de vital importancia para la vida del amparado.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	28-05-2018
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	8946-2018
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Acogido (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana boliviana de 77 años madre de dos hijos chilenos expulsada mediante Decreto dictado el 13 de agosto de 2008 luego de haber sido condenada como autora del delito de tráfico de drogas el 14 de septiembre de 2002, actualmente con condena cumplida. De esta situación recién se entera a su regreso al país tras realizar un viaje a Perú.</p> <p>La defensa de la recurrente argumenta vulneración del art 19 N°3 de la Constitución por haber sido devuelta a Perú, así como el numeral 1 y 7 letra a), 9, 14 y 18 de la Constitución. Es una persona de avanzada edad que recibe pensión y tratamientos de salud en nuestro país, mientras que en Perú no tiene familia ni conocidos para socorrerla en caso de ser necesario.</p>

Se le presenta una situación realmente dramática a la Corte de Apelaciones de Santiago pues la sanción de expulsión sin duda aparece como desproporcional y poco ética considerando las circunstancias personales de la amparada, esto es, que es una persona de edad avanzada y que además recibe pensión y tratamientos de salud en nuestro país. No es discutido por la defensa la condena que se le ha impuesto, pero tras aquella no existen nuevos antecedentes de comisión de algún hecho delictual.

Lamentablemente la Corte de Apelaciones es extremadamente formalista y ni siquiera toma en consideración los aspectos que rodean al caso concreto, simplemente deciden que el recurso de amparo no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de un acto administrativo dictado hace casi diez años. Por ello, lo rechazan.

No sigue aquel planteamiento la Corte Suprema al recibir la apelación al recurso de amparo, pues en su considerando tercero señala que la medida de expulsión “resulta una medida desproporcionada e innecesaria puesto que las circunstancias en que se encuentra la recurrente en la actualidad han variado respecto de aquellas tenidas en cuenta al momento de disponerla”. Finalmente, la Corte Suprema –a diferencia de los casos anteriores– aporta cordura al considerar la proporcionalidad de la medida. La utilización del recurso de amparo no debiera obligar a decidir de manera extremadamente formalista, los hechos concretos están ahí y lo cierto es que deja a la ciudadana en una situación totalmente desmejorada al negarle el acceso al país en el cual recibe sus tratamientos médicos, su pensión y, además, dejarla en un país donde ni siquiera cuenta con un núcleo familiar. Por lo tanto, el acoger el recurso resulta ser lo más lógico una vez se analizan los antecedentes.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	27-11-2018
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	29592-2018
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano polaco condenado el año 2010 por tráfico de drogas a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo sustituida por el beneficio de libertad condicional, la cual se encuentra cumplida el 05 de octubre de 2013. Se dicta decreto de expulsión el 25 de mayo de 2010.</p> <p>Actualmente tiene un emprendimiento de comida típica de su país, su pareja es chilena y tiene una hija chilena menor de edad. Por no tener una situación migratoria regular, él dedica su tiempo a cuidados del hogar y de su hija, sin desarrollar trabajo remunerado, por lo que los ingresos son aportados solo por su pareja que trabaja como enfermera.</p> <p>El recurrente destaca por lo tanto el arraigo familiar en el país, la inexistencia de nuevos antecedentes tras el cumplimiento de su condena, por lo que se afecta el art. 19 N°7 de la Constitución al tomar una decisión de expulsión que es arbitraria.</p>

La Corte de Apelaciones de Santiago nuevamente se inclina por la exigencia de habitualidad al estimar en su considerando noveno que el art. 15 N°2 del DL 1094 exige la realización de una o más conductas y que un solo hecho delictivo no permite enmarcarlo dentro de aquella situación, por lo que estiman que esta resolución es ilegal.

En seguida, la consideran arbitraria “por cuanto sus efectos hoy resultan desproporcionados, puesto que las circunstancias en que se halla el amparado en la

actualidad, han variado sustancialmente respecto de aquellas tenidas en cuenta al tiempo en que se le impuso la condena que motiva hoy la expulsión.

Añaden que ha pasado demasiado tiempo desde la dictación del decreto y a mayor abundamiento, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley N°18.216 se dispone que si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional previo haber oído a los intervinientes.

Del análisis de la referida norma desprendieron que se contempla la expulsión del país como una medida de sustitución de la pena efectiva, más no como una sanción copulativa, de forma tal que en la hipótesis de aceptarse, se infringiría el principio *non bis in ídem*, esto es, que una persona no puede ser sancionada dos veces por un mismo hecho o en otros términos la prohibición del exceso que se deriva del principio de proporcionalidad, en el que se encuentra inserta la prohibición de sanción múltiple, de acuerdo lo previenen los artículos 6°, 19 N° 3 incisos 8 y final de la Constitución Política de la República -principios de legalidad, proporcionalidad y de tipicidad-, artículos 1° inciso 2° -prohibición de juzgamiento múltiple- y 13 del Código Procesal Penal, artículo 14 N° 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8 N° 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El razonamiento de la Corte de Apelaciones es muy ilustrativo e interesante al contemplar los principios de proporcionalidad y el *non bis in ídem* en su decisión, así como la cita a Tratados Internacionales. Efectivamente, el largo tiempo que ha pasado y la variación de las circunstancias personales permiten estimar que la decisión de expulsar es desproporcionada, sobre todo si se considera que el extranjero tiene una familia constituida y no ha cometido nuevos ilícitos. De la misma manera, es la primera vez que se observa un análisis hacia una posible doble sanción por haber sido castigado penalmente y además expulsado. En ese sentido es necesario destacar el activismo a nivel de Corte de Apelaciones

y la preocupación por analizar distintas aristas del caso, apartándose de solo analizar si la administración obró en el ámbito de sus funciones.

Lamentablemente nada de esto sirvió para convencer a la Corte Suprema que, en un constante ir y venir, decidió contrario a lo planteado en la sentencia de alzada, pero al menos volvió a lo que sostuvo en sentencias anteriores⁴⁵ al decidir en su considerando quinto que el art. 15 N°2 del DL 1.094 no necesita habitualidad. Así que sin hacerse cargo del análisis de proporcionalidad de la medida o la infracción al *non bis in ídem* –que sí se contempló en la sentencia de la Corte de Apelaciones–, deciden rechazar el recurso de amparo. Un fallo un tanto antojadizo, que tristemente no se hace cargo de las consideraciones que se tomaron en cuenta en la sentencia de alzada sino que solo se enfocan en lo necesario para rechazar.

⁴⁵ Véase causas Rol N° 6379-2018 y N° 8240-2018, ambas de la Corte Suprema, revisadas en páginas anteriores.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	15-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Iquique
N° de ingreso a la Corte:	20-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>El amparado llegó a Chile en 1994, actualmente casado con ciudadana boliviana y con hijos chilenos. Tiene permanencia definitiva desde el año 2003.</p> <p>El 27 de septiembre de 2011 fue condenado a 3 años y 1 día por el delito de tráfico de drogas, condena que a la fecha se encuentra cumplida. El decreto de expulsión se dictó el 16 de febrero de 2012.</p> <p>La defensa plantea que el decreto de expulsión es arbitrario e ilegal, desproporcionado y carece de fundamentación, así como también atenta el principio <i>non bis in ídem</i> y la protección de la familia, así como el principio de interés superior del niño.</p>

La Corte de Apelaciones de Iquique extrañamente usa como único argumento para acoger el recurso, la gran cantidad de tiempo que ha pasado entre la dictación del decreto y su cumplimiento.

Es a lo menos curioso que este sea su principal argumento, pues si miramos hacia la sentencia inmediatamente anterior revisada, la extemporaneidad de la sanción no fue tomada en cuenta por la Corte Suprema. Entonces ¿cuándo hay certeza sobre las decisiones? No hay duda de que las sanciones tienen que ser oportunas, de no serlo, estas son desproporcionales con los fines de la pena y, además, quitan la posibilidad de reinsertarse a la sociedad a un extranjero que ya cumplió su condena. Pero establecer diferencias en cada caso particular es a lo menos, llamativo.

Simplemente resulta llamativo que con un escueto razonamiento sea suficiente para acoger un recurso de amparo, las decisiones de las Cortes se ven bastante antojadizas. De hecho, un fallo con tan poca información no da muchos motivos para analizar sino más bien criticar lo poco que se tarda cambiar la vida de una persona que, habiendo cometido un ilícito, lucha por su reinserción a la sociedad.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	20-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Santiago
N° de ingreso a la Corte:	388-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana colombiana que ingresó el año 2013, condenada por tráfico de drogas a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, cumpliendo en beneficio de libertad vigilada.</p> <p>Se dicta el decreto de expulsión el 05 de octubre de 2018 mientras que la pena fue satisfactoriamente cumplida el 20 de febrero de 2017.</p> <p>Actualmente la amparada cuenta con estabilidad laboral y vive en Chile con sus dos hijas, una de ellas chilena.</p> <p>La defensa de la recurrida plantea que la medida de expulsión es arbitraria e ilegal en tanto es un evento aislado en su vida y no existe la “habitualidad” requerida por el art. 15 N°2.</p> <p>Finalmente añade que se transgrede el valor constitucional de protección de la familia.</p>

Desde el punto de vista formal, la Corte de Apelaciones de Santiago no formula objeciones al uso de facultades administrativas, pero plantean que la decisión administrativa se materializa sin atenderse a las circunstancias familiares y laborales, por lo que la decisión se desmarca del formalismo que rodea al recurso de amparo.

Añaden que la concesión de una pena sustitutiva implica “un reconocimiento de la posibilidad y expectativa de rehabilitación, la que se ve, por ende, cumplida por el hecho de que el amparado se ha sometido a la vigilancia de Gendarmería de Chile y ha cumplido íntegramente con las condiciones impuestas por dicha autoridad”. Esto es nuevo – a pesar de que en las sentencias anteriores también se había cumplido la sanción mediante pena

sustitutiva–, y de hecho, es primera vez dentro de las sentencias que se han revisado que se analiza el objetivo de la pena con fines de reinserción. Esto es muy importante y bastante destacable que la Corte de Apelaciones haya tomado una determinación como aquella.

Finalmente plantean que la amparada es madre de dos hijas menores de edad, de las cuales es su sustento. Sumado a que no cuenta con otros ilícitos –por lo tanto, estiman que la “habitualidad” es un requisito para las conductas del art. 15 N°2 del DL N° 1.094– y actualmente se encuentra con trabajo remunerado, acogen el recurso. De la misma manera, la Corte Suprema no hace ningún tipo de corrección y confirman la decisión en todas sus partes, a pesar de haberse decantado por lo opuesto en relación al requisito de la “habitualidad” en sentencias anteriores.

Es una decisión bastante acertada, garantiza a la persona su derecho a la reinserción, no transgrede el núcleo familiar y es proporcional con los fines de la sanción. Tristemente no todas las sentencias similares a esta han tenido este acertado razonamiento.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	21-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Santiago
N° de ingreso a la Corte:	383-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (confirmada por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano boliviano que llegó a Chile el año 2001 con permiso de residencia definitiva el año 2004. Actualmente trabajador de feria libres y tiene dos hijos chilenos.</p> <p>Con fecha 30 de octubre de 2015 es condenado a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo por tráfico de drogas, pena que fue sustituida por libertad vigilada por la misma duración de la condena. Actualmente se encuentra cumplida.</p> <p>La defensa del recurrente plantea como argumentos principales la falta de “habitualidad” en la conducta requerida por el art. 15 N°2 DL 1.094 y la lesión al principio de <i>non bis in ídem</i> porque la conducta que sirve de sustento para la dictación del decreto de expulsión ya fue sancionada en sede penal.</p> <p>La defensa del amparado alega falta de habitualidad en la conducta para enmarcarse en las del art. 15 DL 1094.</p>

La Corte de Apelaciones de Santiago toma su determinación respecto a la exigencia de habitualidad en su considerando quinto, y decide enmarcarse en la misma línea jurisprudencial que ha sostenido la Corte Suprema de manera más o menos regular, asegurando que no se necesita “habitualidad” en la ejecución de la conducta porque “se trata de delitos de tal gravedad y dañosidad para una sociedad, que la comisión de uno solo de ellos, según las circunstancias del mismo, puede justificar la expulsión del extranjero sancionado como autor del mismo”.

Lamentablemente no se hacen cargo del arraigo familiar del amparado y deciden rechazar el recurso de amparo solo por el argumento anterior. La Corte Suprema por su parte solo confirma la sentencia de alzada.

Esta sentencia, a pesar de la similitud en características al caso revisado anteriormente, tiene una conclusión totalmente distinta. Una vez más existe un total contraste en sentencias dictadas con tan solo un día de diferencia. La Corte de Apelaciones decidió lo opuesto en esta sentencia y ni siquiera se hicieron cargo de la circunstancias familiares que rodean al amparado, como si lo hicieron en la sentencia precedente, en la cual incluso estimaron que la “habitualidad” *es* un requisito para las conductas del art. 15 N° 2 DL N° 1.094 ¿Cómo existe proporcionalidad y seguridad jurídica si con tan solo un día de diferencia los criterios de la Corte cambian radicalmente?

Antecedentes de la causa	
Fecha:	22-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Santiago
N° de ingreso a la Corte:	405-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana ecuatoriana que ingresó a Chile hace más de 20 años, obteniendo permiso de permanencia definitiva el 20 de enero de 2005 trabajando como peluquera. Condenada a tres penas de 5 años 1 días el 23 de junio de 2008, otra de igual duración el 01 de abril de 2015 y la última de 541 días en mayo de 2015, obteniendo libertad condicional el 27 de mayo de 2017.</p> <p>Se dictó decreto de expulsión el 23 de julio de 2008 basado en el art. 15 DL 1094.</p> <p>Actualmente vive en el país junto a sus cuatro hijos, dos de los cuales tienen nacionalidad chilena.</p> <p>La defensa señala que el acto ya perdió oportunidad por haber pasado más de diez años desde su dictación, así como destacan que no ha vuelto a delinquir desde su última condena y que cuenta con un núcleo familiar en el país. Por ello piden que la expulsión sea dejada sin efecto.</p>

Este caso no tiene demasiada controversia en su decisión. Lo cierto es que la literalidad del art. 15 N°2 DL 1.094 permite la expulsión de extranjeros que se “dediquen” al tráfico de drogas. La amparada ha sido condenada tres veces bajo la misma figura penal, por lo que es posible sostener que existe dedicación a la realización del ilícito, sin importar por cual tesis la Corte de turno se haya decantado.

No podemos desconocer que existe un núcleo familiar, pero no es una sanción desproporcional si se analiza el caso concreto. Así también lo entendió la Corte Suprema que confirmó el rechazo del recurso.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	25-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Iquique
N° de ingreso a la Corte:	22-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano boliviano que reside en Chile desde el 2012 donde tiene una familia y un hijo chileno de tres años de edad.</p> <p>Condenado el 23 de mayo de 2014 por tráfico de drogas a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, la que se encuentra cumplida.</p> <p>Se dictó decreto de expulsión el 27 de noviembre de 2015 basada en el art. 15 N°2 DL 1094.</p> <p>La defensa plantea que se dictó un decreto de expulsión arbitrario, ilegal y desproporcionado. Agrega a aquello que se vulnera el principio de doble incriminación y protección a la familia. Por ello solicita que se deje sin efecto la decisión.</p>

La Corte de Apelaciones de Iquique simplemente sostiene que “la medida de expulsión administrativa vigente carece de racionalidad, desde que, si bien el amparado presenta sólo una condena por infracción a la ley de drogas, su data es pretérita y está cumplida, de modo que no se aprecia en ello que se configure la situación prevista por el legislador en el artículo 15 N° 2 del Decreto Ley 1.094 de 1975.” Por lo tanto, creen que la “habitualidad” es un requisito y acogen el recurso.

Posteriormente se lleva el caso ante la Corte Suprema quien extrañamente lo confirma en todas sus partes. Una vez más contrastando con las sentencias anteriores en las que se afirmaba que la “habitualidad” en la realización de las conductas no era requisito, justamente por la gravedad del ilícito. Nuevamente el máximo tribunal decide apartarse de una sola línea jurisprudencial sin ningún motivo aparente.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	28-03-2019
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	7777-2019
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Acogido (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano extranjero (no se menciona nacionalidad) que llegó al país el año 1997, esto es, a los 12 años. Actualmente tiene una familia en el país compuesta por su madre discapacitada, su esposa chilena y cuatro hijos.</p> <p>Fue condenado el 19 de enero de 2009 como autor del delito de tráfico de drogas a la pena de 5 años y 1 día, la que a la fecha se encuentra cumplida. Se dictó decreto de expulsión el 25 de agosto de 2009.</p> <p>La defensa del amparado plantea que no existe la “habitualidad” de la conducta requerida por el art. 15 N°2 DL 1.094 así como añaden que se infringe el principio <i>non bis in ídem</i> pues se le expulsa después de haber sido condenado en sede penal.</p>

Como ya va siendo la tónica, una vez más se reclama la falta de habitualidad en la conducta para encasillarla en el art. 15 N°2 DL 1.094. Curiosamente al momento de decidir la Corte de Apelaciones de Santiago, no se refiere a aquel tema, sino que se encarga de ceñirse completamente al formalismo del recurso de amparo, simplemente señalando que la autoridad obró en el ámbito de sus facultades.

Esta situación es corregida por la Corte Suprema que sí verifica el fondo del asunto, allí consideró, por lo tanto, la cantidad de tiempo vivida en el país por el ciudadano extranjero, la cantidad de tiempo que ha pasado desde la dictación del decreto y la inexistencia de “dedicación” a la ilicitud criminal. Por aquello estiman que la decisión carece de proporcionalidad y acogen el recurso.

Como también es costumbre, resulta imposible predecir cuando la Corte Suprema se va a referir a las circunstancias personales del caso o simplemente se dedicará a confirmar una sentencia formalista de la Corte de Apelaciones. No hay duda que atiende al principio de proporcionalidad el modificar esta sentencia, pero lo que es criticable es que no existe una congruencia al momento de decidir.

En ese mismo sentido, tampoco resulta posible conocer con anterioridad cuándo el requisito de “habitualidad” será requerido por el máximo tribunal, es cierto que las últimas dos sentencias revisadas lo han establecido como requisito, pero lamentablemente no será así en revisión de sentencias posteriores.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	28-03-2019
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	7780-2019
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana boliviana que ingresó a Chile el año 1986, a los 15 años de edad. Actualmente viviendo con su pareja y una numerosa familia en Alto Hospicio, tiene cuatro hijos y cuatro nietos.</p> <p>Con fecha 22 de enero de 2015 fue formalizada como autora del delito de tráfico de drogas y posteriormente condenada a la pena de 3 años y 1 día bajo modalidad de libertad vigilada, pena que se encuentra cumplida en su totalidad.</p> <p>Se dictó decreto de expulsión con fecha 30 de mayo de 2016.</p> <p>La defensa de la amparada argumenta principalmente la existencia de un gran arraigo familiar y laboral en el país, pues lleva 32 años viviendo en Chile. Agrega que el decreto de expulsión es ilegal y arbitrario ya que carece de fundamentación pues la conducta no se enmarca en el art. 15 N°2 del DL 1.094 por faltar la habitualidad en la realización del ilícito. Continúa añadiendo que existe una infracción al principio de <i>non bis in ídem</i> ya que se sanciona con expulsión por un mismo delito que ya fue sancionado en sede penal. Finalmente añade que existe una transgresión al valor constitucional de la familia ya que no se tomó en contra la existencia de una familia que depende económicamente de ella.</p>

Este caso es tan extraño en comparación a los anteriores que llega a generar indignación. Esto porque la Corte de Apelaciones se encargó de lo alegado por la amparada, en principio

deciden sobre lo más controversial que es respecto a la necesidad de “habitualidad” para englobar la conducta en el art. 15 N°2, señalando que esta exigencia “se desvanece si, como en este caso, se trata de un solo delito, en más de 30 años que la amparada se encuentra viviendo en Chile, por lo que no puede determinarse que ella se dedique al tráfico ilícito de drogas, faltando el elemento de la reiteración en la conducta”.

En seguida se hacen cargo del arraigo familiar y los más de treinta años que la amparada ha vivido en el país, lo que les hacen entender que la medida de expulsión es desproporcional y transgrede la unidad familiar.

Ahora, se mencionó más arriba que este caso es hasta indignante pues cuando se apeló a aquella decisión, la Corte Suprema volvió a un papel sumamente formalista que no se veía hace varios fallos. En una sentencia de media página simplemente señalan que “consta que el recurrido ha actuado dentro del ámbito de sus facultades” y por lo tanto rechazan el recurso. No consideraron la situación de la amparada, no consideraron su larga estancia y la familia que tiene en el país siendo que en fallos similares –como se ha revisado hasta ahora– sí lo habían hecho. Esto es tremendamente grave a la luz de los fines de las sanciones y parece incluso peor si se considera que un fallo redactado en solo media página decidió algo tan importante para la vida de la amparada.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	28-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Arica
N° de ingreso a la Corte:	34-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadanos bolivianos que contrajeron matrimonio el año 1980 y que tienen seis hijos mayores de edad y diez nietos, todos chilenos.</p> <p>Fueron condenados el año 2003 por tráfico de drogas a la pena de 5 años y 1 día que se encuentra totalmente cumplida en marzo del 2007.</p> <p>Se dicta decreto de expulsión para ambos en el año 2008, basado en el art. 15 N°2 DL 1094.</p> <p>La defensa de los amparados entrega como argumentos principales: el arraigo familiar de los amparados al contar con seis hijos y diez nietos, todos chilenos. Y en segundo lugar la extemporaneidad del decreto de expulsión, pues han transcurrido más de diez años desde su dictación.</p>

La Corte de Apelaciones de Arica analiza profundamente el recurso de amparo y se hace cargo de las pretensiones de la defensa, alejándose del formalismo. En primer lugar, señalan que la pena se encuentra cumplida, por lo que de expulsar no tendrían que haberse tomado solo aquel hecho ilícito que ya fue sancionado como único fundamento de la orden de expulsión, sino que agregar otros factores, lo que no ocurrió. En seguida, y por sobre todo, señalan que no es posible desatender a las circunstancias personales de los amparados, pues permanecen en el país desde el año 1980 y su expulsión transgrediría a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Finalmente añaden que el decreto de expulsión ya perdió su oportunidad por ser extemporáneo. Por lo tanto, acogen el recurso.

Posteriormente la Corte Suprema confirma el recurso tras enfrentarse a la apelación en todas sus partes. Lo que lleva a preguntarse, ¿qué cambió? ¿por qué en el caso anterior la Corte Suprema decidió cambiar la decisión de la Corte de Apelaciones sin siquiera ver el fondo y en este caso lo confirman en todas sus partes? No hay duda de las similitudes en ambos casos, pero curiosamente solo en este caso entienden que la sanción es desproporcional. Una vez más lo antojadizo de las decisiones del máximo tribunal deja en una gran indefensión a los amparados.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	28-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Santiago
N° de ingreso a la Corte:	430-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana peruana que ha residido en Chile hace 16 años, teniendo actualmente un hijo chileno de un año y trabajando con contrato de carácter indefinido.</p> <p>Fue condenada el año 2015 a 541 días de presidio por tráfico de drogas, la pena que se encuentra cumplida mediante beneficio de remisión condicional el 18 de diciembre de 2017.</p> <p>Se dicta decreto de expulsión el 09 de marzo de 2018 basado en el art. 15 N°2 del DL 1094.</p> <p>La defensa de la amparada señalada que desde que recuperó su libertad, ha desarrollado actividades remuneradas independientes y dependientes. Añade a aquello que tras el cumplimiento de su condena no ha presentado nuevos antecedentes y que la expulsión significa un desarraigo familiar.</p>

Una vez más la situación de hecho es similar a las anteriores, lamentablemente aquí ocurre algo que no había sucedido en los casos anteriores y es que existió una grave negligencia de la defensa de la amparada. Se indica en el considerando séptimo que, si bien se alegó el arraigo familiar y laboral, nunca se acompañó ningún antecedente probatorio que dé cuenta de un trabajo dependiente, así como tampoco se acompañaron documentos que permitan probar la existencia de un lazo familiar.

Sin perjuicio de aquello de todos modos la Corte de Apelaciones se refiere al art. 15 N°2 para nuevamente señalar que no hay una exigencia de habitualidad para enmarcarse en

aquella figura. De hecho, citan la sentencia de la Corte Suprema Rol N°29.592-2018 – revisada anteriormente– para confirmar esta determinación. A partir de aquello estiman que la decisión de la administración no es ilegal ni arbitraria por lo que rechazan el recurso.

No hay mucho más que analizar, pues tristemente los errores se cometieron de parte de la defensa de la amparada y no dejaron mucho espacio para análisis a la Corte de Apelaciones, que optó por rechazar el recurso ante la evidente falta de prueba.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	04-04-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Arica
N° de ingreso a la Corte:	39-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana colombiana casada con un ciudadano chileno desde el 2008, con dos hijos colombianos que residen en Arica y tres nietos.</p> <p>Condenada el año 2012 por tráfico de drogas a la pena de 3 años y 1 día, la que se encuentra cumplida.</p> <p>Se dictó decreto de expulsión el 14 de mayo de 2013 fundado en esa condena y el art. 15 N°2 del DL 1094.</p> <p>La defensa de la amparada indica que el acto es arbitrario e ilegal, en primer lugar, porque argumenta que el art. 15 N°2 DL 1.094 requiere dedicación a la conducta, y añade que el decreto de expulsión afecta la unidad familiar y el principio <i>non bis in ídem</i>.</p>

Respecto a la habitualidad en la comisión de los delitos, la Corte de Apelaciones señala que “si bien el artículo 15 N° 2 transcrito utiliza el verbo “dedicar”, no puede entenderse ello como una exigencia de habitualidad o perseverancia en la comisión de los ilícitos que denuncia, pues se trata de delitos de tal gravedad y dañosidad para una sociedad, que la comisión de uno solo de ellos, según las circunstancias del mismo, puede justificar la expulsión del extranjero sancionado como autor del mismo. Esta conclusión que se ve reafirmada por la parte final del mismo artículo 15 N° 2, en el que se alude a actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres sin demandarse dedicación a la comisión de dichos actos, por lo que una interpretación que no desatienda el contexto de la ley –como mandata el artículo 22 del Código Civil- impide sostener entonces que la causal de expulsión en comento se configura con un solo acto contrario a la moral o a las buenas costumbres y, en cambio, demanda que el extranjero se dedique a “los graves ilícitos que se enuncia en su

primera parte...”. Esto mismo ha sido citado de la misma manera en fallos anteriores por lo que es prácticamente un fallo “de manual”.

Al menos no quedaron solo en aquella formalidad y se hicieron cargo del arraigo familiar planteado por la defensa de la amparada, pero lo desecharon tal y como el caso anterior, por no existir prueba de lo planteado.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	15-04-2019
Tribunal:	Corte Suprema
N° de ingreso a la Corte:	9217-2019
Tipo de recurso:	Apelación recurso de amparo
Resultado:	Rechazado (revoca a la Corte de Apelaciones)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana colombiana que ingresó a nuestro país el 2014. El día 08 de agosto de 2015 fue condenada a cumplir una pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo por el delito de tráfico de drogas, la pena fue cumplida bajo beneficio de libertad vigilada intensiva y a la fecha se encuentra cumplida.</p> <p>Se dictó decreto de expulsión con fecha 03 de junio de 2016. Actualmente vive con su pareja colombiana y tienen una hija chilena nacida en 2017.</p> <p>La amparada señala que el decreto es arbitrario e ilegal al privar a su hija de su ambiente paternal, afectando la familia como núcleo de la sociedad. Agrega a aquello la falta de habitualidad para encasillar la conducta en el art. 15 N°2 del DL 1.094.</p>

En este caso es necesario hacer un símil con la causa Rol N°29592-2018 de la Corte Suprema revisada anteriormente. Aquí la Corte de Apelaciones cita nuevamente la Ley 18.216 que fue ampliada en virtud de la Ley 20.603, para considerar que la amparada cumplió con el mandato de la ley, de modo que la medida resulta arbitraria e ilegal considerando que ya se ha reinsertado eficazmente a la sociedad. Por lo tanto, acogen el recurso.

Sin embargo, la Corte Suprema, similar a lo planteado por la Corte de Apelaciones en el caso revisado anteriormente, cree que la decisión de la administración no carece de razonabilidad, pues se cometió un crimen y como tal corresponde la expulsión según lo señalado en el art. 15 N°2 DL 1094. Mantienen la línea de que no es necesaria la habitualidad

para entrar en esa figura legal pero lamentablemente no se hacen cargo del arraigo familiar ni de una infracción al *non bis in ídem*, tal y como ocurrió en el caso citado páginas atrás. Por ello rechazan el recurso. El símil con el caso mencionado en las primeras líneas está en que si bien en ambos existe arraigo con el país –incluso teniendo un hijo de nacionalidad chilena– resulta un absurdo que en este caso en específico no hayan puesto aquellas circunstancias en la balanza al momento de decidir y se hayan decantado por su decisión teniendo en cuenta meros aspectos formales.

5.3. Condenados en su país de origen

Las siguientes cuatro sentencias presentan una situación de hecho muy distinta a las revisadas anteriormente, pues se trata de extranjeros que ingresaron al país teniendo antecedentes – para propósitos de este trabajo, de tráfico de drogas– en su país de origen. Por lo que la situación que se le presenta a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema es distinta, sin embargo, las decisiones no distan mucho de las revisadas anteriormente y existe una similar dispersión jurisprudencial en estos casos.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	24-12-2015
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Temuco
N° de ingreso a la Corte:	1370-2015
Tipo de recurso:	Recurso de amparo.
Resultado:	Acogido (confirmada por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana colombiana ingresa al país el 14 de abril de 2013 y solicita una visa de trabajo que fue rechazada por contar con condena por tráfico de drogas en Colombia. Aquella condena fue dictada el año 2006 y a esa fecha se encuentra cumplida.</p> <p>Posteriormente se ordena su expulsión mediante Decreto Supremo N° 567 de 29 de abril de 2015, basado en que el delito por el que fue condenada se enmarca en el art. 15 DL 1094 en relación al art. 17 del mismo DL.</p> <p>La amparada plantea que la condena se encuentra cumplida y fue impuesta hace mucho tiempo, añade que no ha cometido delito alguno en su estadía en el país y que se viola la garantía del <i>non bis in idem</i> consagrado en el art. 14 N°7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.</p>

La Corte de Apelaciones de Temuco tiene como argumento principal que aquel hecho es una conducta aislada y además fue cometido hace más de nueve años, sin tener ninguna condena pendiente en Chile o en Colombia. Por lo tanto, los lleva a concluir que expulsión es una conducta desproporcionada por lo lejano de la comisión del delito.

Una decisión muy similar a las que se revisaron cuando los extranjeros habían cometido delitos en Chile, como lo son las causas Rol N° 95085-2016 de la Corte Suprema o la Rol N° 34-2019 de la Corte de Apelaciones de Arica, revisadas más atrás. Por ello es relevante destacar que existe cierto consenso en los tribunales al entender que una sanción es desproporcionada cuando es extemporánea, lo que finalmente entrega un tipo de certeza al momento de la toma de decisiones. El castigo debe ser siempre oportuno, de lo contrario no se distingue demasiado de una simple venganza, algo que los órganos estatales no pueden hacer.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	15-11-2016
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Antofagasta.
N° de ingreso a la Corte:	70-2016
Tipo de recurso:	Recurso de Amparo.
Resultado:	Rechazado (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana colombiana que ingresó de manera regular el año 2012 y cuya visa de trabajo fue rechazada por contar con una condena por tráfico de drogas en su país de origen. Se dicta decreto de expulsión con fecha 9 de noviembre de 2012 basado en el art. 15 N°2 DL 1.094, el cual fue notificado casi tres años después.</p> <p>La amparada prueba que la responsabilidad penal se encuentra extinta en su país, por lo que no puede ser este un fundamento para la expulsión o se infringiría el <i>non bis in idem</i>.</p>

La Corte de Apelaciones de Antofagasta utiliza un artículo del DL 1.094 que no había sido citado hasta ahora, pero que refuerza la idea de la excesiva discrecionalidad que se le otorga a la administración por parte del DL vigente. Esto pues el art. 64 permite a la autoridad rechazar las solicitudes de permiso de permanencia simplemente por “razones de conveniencia o utilidad nacionales”.

La amplitud de estos conceptos sin duda deja en una posición desmejorada a los migrantes que ingresan con antecedentes, incluso cuando durante su estadía no hayan cometido otro delito. Y justamente aparece como una excepción legal al principio de proporcionalidad, pues permite que se tomen decisiones arbitrarias simplemente basadas en la “conveniencia”.

Así también lo estimó la Corte Suprema que estuvo por confirmar el fallo de alzada en todas sus partes, de modo que se rechaza el recurso pues se decide que la autoridad obró dentro del ámbito de sus funciones.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	15-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Antofagasta
N° de ingreso a la Corte:	23-2019
Tipo de recurso:	Recurso de Amparo
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadana colombiana que ingresó al país como turista el 2016, posteriormente solicitó visa laboral y fue rechazada por tener una condena en su país de origen por tráfico de drogas.</p> <p>Se dicta decreto de expulsión el 09 de marzo de 2018 basado en las causales establecidas en el art. 63 N°1 en relación con el art. 15 N°2 del DL 1094.</p> <p>La defensa de la amparada señala que la pena impuesta en su país de origen fue cumplida con fecha 11 de octubre de 2007, por lo que la expulsión basada en aquella condena es arbitraria e ilegal. Agrega a ello lo indicado por la Ley 18.216 que señala que cualquier condena cumplida hace más de diez años, no sea considerada.</p>

Este caso debe ser comparado con los anteriores revisados, en particular, las Causas Rol N° 29592-2018 y 9217-2019, ambas de la Corte Suprema. Esto porque es la tercera vez en que la Ley 18.216 aparece en esta revisión, sin embargo, en este caso la Corte de Apelaciones decidió lo opuesto a aquellas sentencias.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta plantea en primer lugar que la decisión de la administración no es ilegal, pues fue dictada en el marco de sus funciones, pero sí deciden modificarla por desproporcional. Así, estiman que la conducta ilícita debe ser considerada como aislada habida cuenta la vida posterior a ello y que no se ha verificado la ocurrencia de ningún otro delito.

Agregan que de acuerdo a lo dispuesto en el DL 409, una vez cumplida la pena, el condenado puede acceder a la “eliminación total y definitiva de su prontuario”, por lo que la medida se torna arbitraria. En ese mismo sentido citan la Ley 18.216 modificada por la Ley 20.603 que establece un sistema de reinserción de los imputados condenados, ordenando desconocer las condenas impuestas por crimen o simple delito una vez que hayan trascurrido diez o cinco años respectivamente.

Por ello concluyen que la decisión administrativa desconoce los fines del legislador y hace revivir sentencias condenatorias que justamente hoy no deben ser incorporadas en la conducta del imputado para reinsertarlo a la sociedad. Posteriormente confirmada por la Corte Suprema.

Una sentencia bastante acertada en cuanto al análisis de los preceptos legales pero que llama la atención que solo en esta se haya acogido, el paso del tiempo volverá inoportuna y desproporcional la aplicación de un castigo como la expulsión. No solo aquí, sino que en los casos anteriores también debiese tomado en consideración lo fundamental para la reinserción en sociedad y la extemporaneidad de la sanción.

Antecedentes de la causa	
Fecha:	19-03-2019
Tribunal:	Corte de Apelaciones de Santiago
N° de ingreso a la Corte:	370-2019
Tipo de recurso:	Recurso de amparo
Resultado:	Acogido (confirmado por la Corte Suprema)
Resumen del caso:	<p>Ciudadano colombiano que fue condenado en Colombia por el delito de tráfico de drogas con condena cumplida al 19 de marzo de 2014. Ingresó a Chile en junio de 2015 y su visa definitiva fue rechazada por contar con antecedentes en su país de origen.</p> <p>Posteriormente fue expulsado mediante Resolución Exenta el 02 de agosto de 2016 basándose en la existencia de dos condenas en Colombia, una del 2005 y otra del 2012 (art. 15 N°2 DL 1094), ambas por el delito de tráfico de drogas.</p> <p>La defensa del amparado indica que durante los cuatro años que lleva en Chile ha tenido una conducta intachable, tiene un hermano y una pareja que están tramitando permanencia definitiva y que conforman su núcleo familiar en el país.</p> <p>Añade que el decreto de expulsión vulnera la libertad ambulatoria, el principio <i>non bis in ídem</i> y el derecho a la protección a la familia.</p>

La Corte de Apelaciones plantea que no se han registrado nuevos delitos cometidos por el ciudadano en nuestro país, por lo que indican en su considerando sexto que “el delito cometido en el país de origen 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 conductas aisladas que ya han sido sancionadas”.

También atiende al arraigo, pues cuenta con un trabajo estable y sus familiares se encuentran tramitando permanencia definitiva en Chile, por lo que expulsarlo transgrediría el art. 1 de la Constitución. Por ello, acogen el recurso de amparo. Posteriormente fue confirmado por la Corte Suprema con dos votos en contra.

Es el último caso que se revisa en este trabajo, pero no deja de llamar profundamente la atención por dos razones principales: en primer lugar, por la proximidad temporal de la dictación de esta sentencia y otras sentencias revisadas anteriormente. El año 2019, como se podrá observar en el subtítulo anterior, la Corte Suprema tuvo una tendencia bastante marcada al no requerir “habitualidad” o “dedicación” para encasillar una conducta en el art. 15 N°2 DL 1.094, pero en este caso confirman una sentencia que decide todo lo contrario.

El segundo punto que llama profundamente la atención es el hecho que no consideren que dos condenas son suficientes como para estimar que existe “habitualidad” en la comisión del ilícito. Tomemos el caso Rol N° 405-2019 de la misma Corte de Apelaciones de Santiago que se revisó con anterioridad sobre la ciudadana ecuatoriana que trabaja en una peluquería, allí se le expulsó a pesar de que vivía hace veinte años en el país, por haber sido condenada tres veces por el mismo delito de tráfico de drogas. ¿Cómo es que en este caso toma una decisión profundamente opuesta a pesar de sostener dos condenas?

Este caso es tan antojadizo que no puede evitar llamar la atención, justamente cuando pareciera existir cierta tendencia a uniformar los criterios, aparece una sentencia que rompe aquella tendencia. El ciudadano de este caso solo llevaba cuatro años en nuestro país y su última condena había sido terminada muy recientemente, si se compara con el caso que se citó anteriormente, allí la ciudadana llevaba veinte años en el país e incluso tenía una peluquería. ¿Cómo es que la decisión es radicalmente distinta en ambos casos? ¿Cómo esperan unificar criterios para evitar sentencias desproporcionales si las decisiones cambian según el día en que se reciben?

CONCLUSIONES

El primer capítulo de este trabajo permitió realizar una pincelada de la situación jurídica de los migrantes en general y en particular de la situación de los migrantes que han cometido delitos. Allí se pudo encontrar una de las primeras injusticias en el ordenamiento jurídico vigente para con los ciudadanos no nacionales, pues el extranjero que comete un delito tiene tres posibilidades de ser sancionado que estarán a total disposición del juez. Incluso, se contempla una vía que les permite sancionar con un tipo de sanción tras otra.

El segundo capítulo presenta los principios insignia que guían el análisis jurisprudencial como lo son el de proporcionalidad y el *non bis in ídem*, y la forma en que se presentan por la doctrina tanto penal como administrativa. De allí surge una notable relación con el capítulo tercero, en tanto las expulsiones reguladas en el ya muy comentado DL N° 1.094 admiten una discrecionalidad tan amplia al órgano administrativo que estos principios no suelen ser tomados en cuenta sino al momento en que las Cortes reciben recursos de amparo. En aquel mismo capítulo se pudo hacer notar la carencia de garantías que existen en el procedimiento de expulsión, pues además de la falta de consideración de aquellos principios, no existe una garantía de defensa letrada para los extranjeros y sus recursos disponibles son escasos o llenos de fallos.

Tan insignificantes resultan los recursos contemplados en el DL N° 1.094 que los extranjeros se han tenido que volcar hacia el recurso de amparo como único medio de apelar a las órdenes de expulsión. Un recurso que, por lo demás, dista mucho de ser el más adecuado por sus notables límites formales como se pudo observar en el cuarto capítulo.

Finalmente se concluye el último capítulo con especial dedicación al análisis del razonamiento de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema cuando se enfrentan a aquellos recursos de amparo de extranjeros condenados y posteriormente expulsados por el delito de tráfico de drogas. Una vez se puede observar las debilidades de la legislación vigente que no solo genera vicios en la administración, sino que también crea controversias en el ámbito jurisprudencial y crea una gran inseguridad para los extranjeros que se

encuentran en una situación similar. El punto principal es observar aquellas sentencias como un todo, pues solo de esa forma es posible dar cuenta los razonamientos heterogéneos y arbitrarios de las Cortes.

¿Se considerará o no la situación familiar del amparado?; ¿cuánto tiempo de vivir en Chile es requerido para que el amparo de una orden de expulsión sea acogido?; ¿se requiere habitualidad para encasillar las conductas en el art. 15 N°2 del DL 1.094?; ¿cómo se explica que expulsar a una persona que ha vivido más de diez años en el país sea una sanción proporcional?; ¿cuándo se igualarán los criterios y se permitirá la reinserción de extranjeros a la sociedad?

Es incluso indignante la disparidad y contradicciones entre los órganos encargados de impartir justicia. Tan solo basta una ojeada rápida a las circunstancias que rodean los casos revisados para encontrar que varios extranjeros fueron expulsados a pesar de que la vida en el país era la única que conocían, ¿cómo esto es proporcional?; más aún, si es una persona que ya ha cumplido su condena en su totalidad. Ya es hora de desprenderse de un marcado formalismo y entender que lo que se trata es la vida de una persona y, en muchas ocasiones, la estabilidad de una familia.

Al momento de terminar estas páginas, una nueva legislación está pronta a comenzar su vigencia, aquella con la cual se espera que las injusticias, contradicciones e inseguridades manifestadas en páginas precedentes puedan ser salvaguardadas.

Se concluye este trabajo entendiendo los desafíos que tiene el sistema judicial por delante, que se espera puedan ser superados con la nueva ley para que nunca más exista aquella inseguridad y abandono para con las personas migrantes. Los principios de proporcionalidad y el *non bis in ídem* deben ser las insignias tanto a nivel penal como a nivel administrativo-sancionatorio, por ello se cierra este trabajo confiando en que las páginas escritas resultarán obsoletas en unos meses y que los problemas que aquejan la situación jurídica de las personas migrantes podrán ser subsanados.

BIBLIOGRAFÍA

- 24Horas.cl. (4 de octubre de 2021). Un 56% cree que la llegada de migrantes a Chile es "mala" para el país según Cadem. Obtenido de <https://www.24horas.cl/nacional/un-56-cree-que-la-llegada-de-migrantes-a-chile-es-mala-para-el-pais-segun-cadem--4998982>
- Ajzenman, N., Domínguez, P., & Undurraga, R. (8 de mayo de 2021). *Inmigración, delincuencia y las erróneas percepciones sobre el delito*. Obtenido de CIPER Chile: <https://www.ciperchile.cl/2021/05/08/inmigracion-delincuencia-y-las-erroneas-percepciones-sobre-el-delito/>
- Arnold, R., Martínez, J. I., & Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Revista Estudios Constitucionales*, 65-116.
- Balaguer, T., Villagra, C. (2020). *Análisis jurisprudencial sobre el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador* [Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales]. Repositorio Universidad de Chile.
- Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho Penal. *Revista de derecho*, 131-157.
- Cordero, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 399-439.
- Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Estudiar en Chile*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/estudiar-en-chile/>
- Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Trabajar en Chile: Visa sujeta a contrato*. Recuperado el diciembre de 2021, de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/trabajar-en-chile/visa-sujeta-a-contrato/>
- Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Vivir en Chile: Permanencia definitiva*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/vivir-en-chile/permanencia-definitiva/>

- Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). *Vivir en Chile: Visa temporaria*. Obtenido de Sitio web del Departamento de Extranjería y Migración: <https://www.extranjeria.gob.cl/vivir-en-chile/visa-temporaria/>
- Díaz Tolosa, R. (2020). Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno. *Revista de estudios constitucionales*, 311-354.
- Espacio Público; IPSOS. (mayo de 2021). *Chilenos y chilenas frente a la tolerancia, violencia, abuso y dignidad*. Obtenido de Encuesta Espacio Público - IPSOS: https://www.aimchile.cl/wp-content/uploads/2021/05/tom62g-Estudio_Espacio_P%C3%BAblico_-_Ipsos_-_Violencia_y_dignidad.pdf
- Franco Gaviria, L. (21 de agosto de 2017). *Chile como nuevo referente de la migración en América Latina*. Obtenido de <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2017/08/21/chile-como-nuevo-referente-de-la-migracion-en-america-latina/>
- Garrido Montt, M. (2010). Principios limitadores del "ius puniendi". En M. Garrido Montt, *Derecho penal: Parte general*. Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez, R. (2017). El non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 101-138.
- Henríquez, M. (2013). El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013). *Revista Ius et Praxis*, 365-376.
- Instituto de Derechos Humanos. (2012). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Informe CPP Copiapó*. Obtenido de Sitio web del Instituto de Derechos Humanos: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/639/Informes%20Copia%20ap%20c3%b3-Valpara%20adso?sequence=7&isAllowed=y>
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. (julio de 2018). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos en la privación de libertad*. Obtenido de Sitio web del Instituto Nacional de Derechos Humanos: <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2020/08/Estudio-de-las-condiciones-carcelarias-en-Chile-2018-INDH-Versio%CC%81n-final.pdf>

- Lawson, D., & Rodríguez, M. (2016). El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. *Universidad Diego Portales: Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, 217-238.
- Lorca, R., Rorchow, D., & Purán, V. (septiembre de 2021). Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas. *Oñati Socio-Legal Series*. Obtenido de <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1347/version/1235>
- Mañalich, J. P. (2011). El principio ne bis in ídem en el derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia*, 139-169.
- Mañalich, J. P. (2014). El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionador. *Política Criminal*, 543-563.
- Muñoz, V. (2011). *Colisión de sanciones administrativas y penales: cómo evitar la vulneración al principio non bis in ídem* [Tesina correspondiente a la carrera de derecho]. Repositorio Universidad Alberto Hurtado.
- Robinson, P. (2015). El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico. *Revista de Estudios de la Justicia*, 183-192.
- Rojas, N., & Silva, C. (2016). La migración en Chile: Breve reporte y caracterización. *Observatorio Ibeoramericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo*.
- Saavedra, D. (2017). Debido proceso en el Decreto: Ley que establece normas sobre Extranjeros en Chile. *Revista de Estudios Ius Novum*, 135-185.
- Servicio Jesuita a Migrantes. (septiembre de 2021). *Criminalidad, seguridad y migración: Un análisis al Chile actual*. Obtenido de Sitio web del Servicio Jesuita a Migrantes: https://www.migracionenchile.cl/wp-content/uploads/2020/10/011020-Informe-Criminalidad-seguridad-y-migracio%CC%81n_-un-ana%CC%81lisis-en-el-Chile-actual-.pdf
- Stang, M. F. (2016). De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014. *Polis, Revista Lationamericana*, 83-107.
- Varas, P. (2010). El recurso constitucional de amparo. En R. Tavolari, *Doctrinas esenciales: Derecho constitucional* (págs. 897-904). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.