



# SINTESIS JURISPRUDENCIA MIGRANTES

UNIDAD DE ESTUDIOS DEFENSORIA  
REGIONAL DE ANTOFAGASTA

*Diciembre de 2016*

## Presentación

La tercera síntesis de jurisprudencia que entregamos corresponde a un esfuerzo emprendido por el Jefe de la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional de Antofagasta y por la defensora del Proyecto Piloto de Defensa Especializada de Migrantes, Nolvía Collao.

Este trabajo sistematiza los dos últimos años de jurisprudencia de la CS sobre distintos aspectos vinculados a la cuestión migratoria. La idea de agrupar los diversos fallos, según un orden temático, y reproducir sus considerandos más relevantes busca facilitar la lectura y consulta de cada resolución.

Estamos frente a una sistematización de la jurisprudencia más actualizada de la CS, en que el acento se ha puesto en detectar ciertos criterios que pueden presentarse como estables, de manera que se pueda orientar la actividad recursiva de los litigantes.

Estamos convencidos que en el ejercicio de la jurisdicción, especialmente constitucional e internacional, los fallos cumplen una función también promotora y preventiva en materia de derechos humanos. No sólo resuelven un conflicto, sino que están llamados a orientar, cuando no a enseñar, a los agentes estatales acerca de la forma más adecuada de ejercer sus facultades o potestades.

Asimismo, en el rol pedagógico que creemos que desarrollan los tribunales superiores de justicia, es necesario considerar la trascendencia que, en la cultura jurídica y social, asume la doctrina contenida en sentencias judiciales, como orientadora tanto de comportamientos personales, como de nuestras conductas sociales y actuaciones institucionales.

Ponemos esta síntesis a disposición de los defensores penales públicos de la región, con la intención de que cuenten con las herramientas adecuadas para enfrentar las especificidades de la defensa de migrantes.

Saludos

**Loreto Flores Tapia**  
**Defensora Regional de Antofagasta**

## INTRODUCCIÓN

La presente síntesis jurisprudencial pretende resumir la actividad de los tribunales superiores de justicia en materia migratoria. Se concentra en la actividad de la Corte Suprema destacando los criterios que ha fijado en los últimos años, especialmente en relación con la existencia de arraigo social y laboral y la protección de la familia, la exigencia de respeto al debido proceso en los procedimientos administrativo, expulsión en caso de tráfico de estupefacientes, proporcionalidad y exigencia de fundamentación, ingreso clandestino, control migratorio, etc.

Al tratarse de una síntesis jurisprudencial no se abordará con toda profundidad los diversos aspectos señalados. Sin embargo, se proporcionarán numerosas referencias jurisprudenciales para facilitar la consulta en caso necesario.

## I.- CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA (años 2015-2016)

### 1.- ARRAIGO Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

La Corte ha reiterado que un criterio que se debe respetar en la actividad administrativa sancionadora en el ámbito migratorio es el respeto a la unidad familiar o protección de la familia. Con ello el máximo tribunal concreta el mandato constitucional contenido en el art. 1 inciso 2. A lo anterior adiciona la necesidad de considerar el tiempo de permanencia del migrante en el territorio nacional y los vínculos que se han generado durante dicho tiempo.

Esta línea jurisprudencial no es nueva en la Corte Suprema<sup>1</sup>, ya que es posible encontrarla en fallos anteriores al bienio 2015-2016, lo que demuestra que se ha transitado a la fijación de un estándar jurisprudencial que goza de estabilidad y certeza.

En relación con el tiempo de permanencia en el país, la CS ha señalado que la residencia por una década en el país es suficiente demostración de arraigo. Así ha sostenido en *Sent CS 1546-2015* que

“[...], se encuentra acreditado su arraigo social y familiar por el hecho de residir en Chile desde el año 2002 junto a su familia (su hija que cursa actualmente la educación media), antecedentes que permiten concluir la desproporcionalidad de la medida decretada por la recurrida, pues no existen razones justificativas que permitan entender dicha decisión de autoridad administrativa, máxime si actualmente la amparada se encuentra cumpliendo el beneficio de la remisión condicional de la pena impuesta por la sentencia que sirve de fundamento al acto impugnado. 3° Que de lo señalado surge con toda claridad que el acto impugnado resulta desproporcionado en relación con la afectación que éste produce a la amparada, lo que constituye motivo suficiente para revocar el fallo apelado.” En el caso se estimó que la medida de expulsión era desproporcionada”.<sup>2</sup>

Asimismo, la Corte ha expresado que la propia inactividad del Estado que posibilita el arraigo de un extranjero, permite el acogimiento de un recurso de amparo. En *Sent CS 11522-2015* (revocando una sentencia de la CA de Antofagasta), indicó que

<sup>1</sup> En la línea descrita las *Sent CS 3867-10; 7018-12; 66-13; 4416-13; 6366-13; 6649-13; 6650-13*.

<sup>2</sup> También consultar: *Sent CS 17.132-2014; 16664-2015; 33257-2016*.

“[...] la propia inactividad de la Administración ha dado pie a que el amparado se mantenga permanentemente en una situación que pone en riesgo su libertad personal y seguridad individual, pues por un lado no se decreta la expulsión con que se lo conmina y, por otro, no se le otorga el permiso necesario para residir y desempeñarse lícitamente en este territorio, manteniéndolo indefinidamente en una situación irregular de manera arbitraria, motivo suficiente para acoger la acción constitucional ejercida”.

En relación con la protección de la unidad familiar es quizás donde mayor número de fallos es posible encontrar. En efecto, el llamamiento a considerar las circunstancias personales y familiares del extranjero es el criterio de mayor estabilidad, pues se estima lógicamente que la expulsión del país acarrea como consecuencia la disgregación del núcleo familiar. En *Sent CS 50010-2016*, que revoca sentencia de la CA de Antofagasta, señala que

“[...] no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la amparada, quien cuenta con más de 4 años de residencia ininterrumpida en Chile, con pareja estable, también extranjera, la que posee residencia permanente y trabajo indefinido con la empresa XXX S.A en la cual se desempeña como técnico asistente en la faena de XXXX, con quien tiene dos hijas de diez y siete años de edad, respectivamente, de manera que de ejecutarse la medida ciertamente se transgrede el interés superior de las menores, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño, y se afecta lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.<sup>3</sup>

Es necesario destacar que tanto el criterio de arraigo social y laboral como el de protección de la familia prevalecen, incluso, en casos en que el migrante ha cometido delito de tráfico de estupefacientes, estimándose que esas situaciones la expulsión es desproporcionada, máxime si se atiende al hecho que se ha cumplido de manera estricta con la pena sustitutiva impuesta y no existe otro hecho penal que atribuirle a la amparada. Como muestra se puede consultar *Sent CS 1546-2015 y 50010-2016*.<sup>4</sup>

La CS también ha aplicado este criterio frente a expulsiones derivadas del incumplimiento del abandono del país luego de la revocación de visa sujeta contrato de trabajo. Al respecto ha sostenido que la autoridad administrativa debe efectuar una ponderación de la gravedad de la conducta imputada, sin que los procesos penales seguidos en el país de origen del extranjero (de antigua data) basten para concluir que el solicitante delinquiró, abogando nuevamente por la consideración de las circunstancias personales y familiares del extranjero. En la *Sent. CS 23480-2014* sostuvo el máximo tribunal que

“[...] no es posible desatender el hecho que los procesos penales invocados tienen una data superior a los 10 años, sin que exista certeza de la situación procesal en que se encuentran y si en definitiva el

<sup>3</sup> En similar sentido se pueden consultar también: *Sent CS 37574-2015 2309-2015; 3694-2015; 6964-2015; 12356-2015; 15000-2016 (voto disidente); 22186-2016; 25346-2014; 33257-2016; 17.132-14; 9591-2015; 16034-2016*.

<sup>4</sup> Consultar asimismo voto disidente en *Sent CS 37107-2015* (Ministros Kunsemuller y Cerda) en que se puede encontrar igual criterio en relación con la desproporcionalidad de la medida de expulsión del país, atendido el cumplimiento de la pena que sirve de sustento a la medida de expulsión del país y la necesidad de protección del interés superior del hijo del amparado.

reclamante resultó condenado, situación que él rechaza. Resulta entonces que el hecho que el decreto de expulsión da por cierto ha sido formalmente controvertido, sin que el ente administrativo haya aportado más antecedentes que un oficio de julio de 2006 en que se consignan las señaladas causas judiciales, lo que no basta para afirmar que el extranjero delinquiró en su país de origen. Al mismo tiempo, no es indiferente que haya permanecido más de 9 años en el país y que tiene dos hijas nacidas en Chile, nada de lo cual ha sido siquiera ponderado por la autoridad, coartando al afectado la posibilidad de manifestar lo concerniente a sus derechos.”

En el caso de un ciudadano extranjero expulsado del país, la CS acogió un amparo y dejó sin efecto la prohibición de ingreso. En este caso estimó que la prohibición de ingreso a un extranjero cuyo núcleo familiar está inserto en el mercado laboral y en el sistema escolar vulneraba su libertad ambulatoria, afectando gravemente el interés superior del niño. La CS afirmó en **Sent 8759-2015**:

“2°. Que para calificar los actos de autoridad que ahora se revisan, dadas las circunstancias personales y familiares del amparado, cabe advertir que ellos traen inevitables consecuencias en su ámbito familiar, afectando a su pareja como a sus dos hijos, tanto por la posibilidad cierta de disgregar al núcleo familiar, separando a los niños de uno de sus progenitores con la consecuente merma de su pleno desarrollo emocional y social, como por la eventual interrupción de su etapa escolar. Este hecho demuestra, además, un arraigo ostensible de parte de la familia del recurrente en este país que torna la decisión de expulsión en ilegal por el hecho de afectar lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta; derechos también consagrados en favor de los menores en la Convención de los Derechos del Niño que, entre otros, en su artículo 3° obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño, y en su artículo 9° compele a los Estados Partes a velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. 3°. Que la ponderación de las antes dichas circunstancias, es bastante para que la autoridad administrativa se inhiba de ejercer la facultad que le confiere el artículo 16 número 2 de la Ley de Extranjería en orden a impedir el ingreso del amparado a territorio nacional por cuanto aquellas tienen preponderancia sobre las disposiciones migratorias.”

En todo caso es necesario apuntar que la CS no siempre ha hecho prevalecer la protección de una unidad familiar por sobre la potestad del Estado a expulsar. Por ejemplo en Sent CS 2548-2015, rechazó un amparo contra Intendencia regional Metropolitana, en favor de un ciudadano extranjero contra el que existían diversas imputaciones penales por las que en definitiva fue condenado. La Corte sostuvo en este caso:

“3° Que, en consecuencia, en este contexto fáctico y normativo, la Intendencia de la Región Metropolitana dictó la Resolución Exenta que por este acto se recurre, puesto que efectivamente el amparado, a esa data, se encontraba con su visa de turista vencida, una orden de arresto pendiente e imputado por los delitos de robo con violencia y uso fraudulento de tarjeta de crédito y débito, respecto de las cuales a las postre fue condenado. Antecedentes que se consideran, por estos sentenciadores como suficientes para configurar, la causal de expulsión del amparado, puesto que ellos se encuadran dentro de la hipótesis del artículo 15 No 2, al tratarse de delitos que atentan, entre otros bienes jurídicos, contra la vida de las personas y la fe pública. 4° Que sin perjuicio de lo anterior cabe agregar que los argumentos relativos a la protección constitucional de la familia y el interés superior del niño son improcedentes en la presente acción constitucional atendida la naturaleza de la misma”.

Lo mismo ocurrió en *Sent CS 46527-2016*, en que la Corte expresó que:

“En la especie, la gravedad de las conductas que fundaron ambos decretos de expulsión, en el primero, el haber participado en el ingreso al país desde Bolivia de 13,5 kilogramos de cocaína base y, en el segundo, el haber utilizado la documentación de un tercero en varias oportunidades para ingresar al territorio después de su expulsión, impide calificar de desproporcionada o injustificada la decisión de la autoridad administrativa al ponderar los posibles vínculos familiares del reclamante frente a su reiterado comportamiento alejado gravemente de las normas legales (considerando 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).”

## 2.- EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MIGRATORIOS

En los últimos 24 meses una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que el estándar del debido proceso es aplicable en materia migratoria. Con ello nuestro tribunal supremo se pone en sintonía con la jurisprudencia y pronunciamiento del Sistema Interamericano.<sup>5</sup>

La CS ha afirmado que en los casos de expulsión de un extranjero las actuaciones administrativas sancionadoras deben respetar los derechos de las personas y ser razonables (por ejemplo: *Sent CS 17.132-14; 2308-2015; 2309-2015; 3694-2015; 4065-2015; 25346-2014; 50010-2016*).

En la *Sent CS 17.132-14* la Corte señaló, frente a la alegación del recurrente que no se le dio la posibilidad de formular descargos a fin de que se ponderara racionalmente su situación

---

<sup>5</sup> El Informe de Movilidad Humana de 31 diciembre 2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015, párrafos 307-334, pp. 152-162) señala que los procesos administrativos migratorios deben contar con las siguientes garantías procesales mínimas: a) Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados contra ella. b) En caso de ser detenida o retenida, derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio. c) Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor. d) Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un adjudicador competente, independiente e imparcial. e) Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos. f) Derecho a representación letrada o legal. g) Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada. h) Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento. i) Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. j) Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular. Como antecedentes del Informe de Movilidad Humana de 2015, están los siguientes informes de la Comisión: i) *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Capítulo V. Estudios Especiales. Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias.VI. Garantías de Debido Proceso*. OEA/Ser.L/V/II.111 doc. 20 rev. 16 abril 2001 Original: Español, párrafo 90, y; ii) *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso, 2010*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78/10, 30 diciembre 2010, Original: Inglés, párrafo 57. Iguales razonamientos se encuentran en sentencias de la Corte Interamericana: *Caso Velez Loors vs Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, sentencia de 23 de noviembre de 2010 y *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 24 de octubre de 2012. Ver también: *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014.

personal y los efectos que se causarían de manera definitiva en su familia con la ejecución de la sanción, que:

“En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales”.

Específicamente en **Sent CS 2308-2015**, conociendo de un recurso de amparo, la Corte dejó sin efecto una expulsión adoptada sobre la base de hechos que fundaron un pedido de extradición rechazado por la misma CS, por no encontrarse debidamente acreditado el delito invocado por el Estado Requirente. En tal caso, se estimó que la decisión del ente administrativo quedó, por virtud de una sentencia judicial, resolución de jerarquía superior, privada de su fundamento principal y central.

Asimismo, frente a la revocación de un permiso de residencia definitiva de un ciudadano extranjero, la CS señaló que se impone la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880 y que el procedimiento de revocación debe sujetarse a las normas y principios de los procedimientos administrativos, especialmente el principio del debido proceso (**Sent CS 5229-2015; 5277-2015; 32081-2014**).

Un ejemplo de lo anterior es la **Sent CS 5229-2015** que señala

“[...] que la Ley de Extranjería contempla la posibilidad de revocación de los permisos que se hayan otorgado a los extranjeros, indicando en los artículos 65 a 67 las causales de dicha medida, como la autoridad llamada a decretarla. Al no regular el procedimiento, tal actuación queda sujeta a la normativa supletoria contenida en la Ley N° 19.880, de la que interesa destacar el principio de contradictoriedad consagrado en su artículo 10 que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 que impone a la autoridad expresar siempre los hechos y fundamentos de derecho en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Finalmente, el artículo 16 de la ley recoge el principio de transparencia y de publicidad, en cuanto en el procedimiento administrativo se debe permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”.

En considerando 6° del mismo fallo se expresa que:

“En el caso de marras, no se puede afirmar que se ha ajustado a estos parámetros la decisión de expulsar al reclamante, desde que no ha sido previamente revocado su permiso de permanencia definitiva en el contexto de un procedimiento administrativo que se haya tramitado con pleno respeto al debido proceso y de los principios que gobiernan la actuación administrativa y que incorporan la participación del administrado y el conocimiento de los fundamentos de las decisiones como pilar fundamental”.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> En idéntico sentido **Sent CS 5277-2015**.

Sobre este punto la **Sent CS 15536-2015** establece explícitamente que para revocar un permiso de residencia definitiva la Autoridad Administrativa, previo a decretar la expulsión del país, debe realizarse un proceso de carácter contencioso para revocar o invalidar el permiso de residencia definitiva.

También es necesario señalar que la CS ha sostenido en **Sent CS 36580-2015** que el procedimiento para la expulsión del país debe respetar los principios de la Ley N° 19.880, a saber, los principios de contradictoriedad, imparcialidad, publicidad y transparencia de la Ley N° 19.880. Expresamente sostuvo la Corte la necesidad de respetar el derecho a ser oído, el que deber ser interpretado en su sentido amplio, diciendo:

“Que no es factible estimar que en el procedimiento a través del cual se resolvió la expulsión del amparado se hayan observado los principios antes referidos, pues para ello no basta poner en conocimiento del afectado los recursos que puede deducir contra la decisión, sino que es necesario que previamente se lleve a cabo un proceso en que el extranjero pueda ser oído por una autoridad que actúa con imparcialidad, y que exterioriza los razonamientos que motivan el acto administrativo terminal”.

De la misma forma, la CS es especialmente crítica de la demora con que la autoridad administrativa ha resuelto acerca de la situación migratoria de diversas personas o frente a las solicitudes que se le formulan. Como una manera de sancionar la inactividad de la Administración ha sostenido la teoría del decaimiento del acto administrativo. Por ejemplo, en **Sent CS 11522-2015** declaró:

“3°) Que, por otra parte, no escapa a esta Corte que la Resolución Exenta N° 7479 de 24 de agosto de 2011 previene que si el amparado no abandona dentro de 15 días este país, procederá a dictar el correspondiente decreto de expulsión, el que hasta el día de hoy no ha sido emitido, lo que ha traído aparejado que el amparado se asiente y arraigue en este país, formando una familia que incluye una hija nacida en este territorio, período durante el cual además el amparado, según el informe de la Policía de Investigaciones de Antofagasta, no ha cometido delito, pues no posee antecedentes policiales ni encargos judiciales. Así, la propia inactividad de la Administración ha dado pie a que el amparado se mantenga permanentemente en una situación que pone en riesgo su libertad personal y seguridad individual, pues por un lado no se decreta la expulsión con que se lo conmina y, por otro, no se le otorga el permiso necesario para residir y desempeñarse lícitamente en este territorio, manteniéndolo indefinidamente en una situación irregular de manera arbitraria, motivo suficiente para acoger la acción constitucional ejercida”.

En relación con la demora administrativa en **Sent CS 25346-2014** señaló:

“3° Que así, entonces, al haber ingresado el amparado a territorio nacional en el año 2009 en virtud del referido convenio, sin que las autoridades que dicho instrumento designa (las de carácter político de mayor jerarquía de Arica, en el caso de Chile) hayan dispuesto que abandonara el país, la actuación del señor Intendente en este caso aparecen no sólo extemporánea sino además fuera de los casos que prevé la norma que invoca en apoyo de su actuación”.

Lo mismo ocurrió en **Sent CS 45845-2016**, en que sostuvo:

“2° Que de los antecedentes acompañados se desprende que la amparada arribó al país hace más de dos años en búsqueda de mejores expectativas de desarrollo laboral, suscribiendo incluso un contrato

de trabajo, el que no ha podido ejecutarse dada la imposibilidad de regularizar su permanencia en el territorio nacional. 3° Que sin duda la expulsión decretada, de ser cumplida actualmente, acarreará graves efectos en la amparada, pues durante el largo tiempo transcurrido desde la fecha de suscripción de la resolución administrativa que le afecta, sin que se haya procedido a su ejecución, ha consolidado una situación de arraigo en el país pero al mismo tiempo se ha visto impedida de subsanar su condición migratoria, manteniendo su calidad de irregular y recibiendo de la autoridad un pronunciamiento meramente formal, fundado únicamente en el hecho no controvertido de un ingreso al territorio nacional por un paso no habilitado, infracción respecto de la cual, como ya se señaló, se extinguió la acción penal a fines del año 2014”.

Finalmente, la CS también se expidió en materia de prescripción, admitiendo, por un lado, el carácter de sanción de la expulsión y, por otro negando, según me parece, la posibilidad de prescripción, por el carácter de la sanción. En *Sent 46527-2016*, expresó que en materia de prescripción de la sanción de expulsión, no cabía aplicar el plazo de las penas de faltas

“[...] atendida la especial naturaleza de la sanción administrativa de la expulsión, la que, al igual que la correlativa prohibición de ingreso al país, conforme se desprende del artículo 84 del D.L. N° 1094, norma especial que prima en este asunto, se mantiene vigente mientras no sea revocada legalmente por la autoridad que la dictó. Ello, sin perjuicio de que la notificación del Decreto N° 457 sólo se realizó el 27 de julio del año en curso, por lo que ni siquiera ha transcurrido el plazo esgrimido por el reclamante. Esto último permite igualmente descartar que pueda operar en este caso la institución del decaimiento, pues el procedimiento administrativo concluyó con la dictación del Decreto N° 457, lo que ocurrió sólo el 13 de abril del año 2015 y la demora en su notificación se debió a la dificultad para ubicar al reclamante, lo que sólo acaeció el 27 de julio del año en curso.”

### 3.- PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN Y EXIGENCIA DE FUNDAMENTACIÓN

Otra materia que ha suscitado diversos pronunciamientos de la CS dice relación con la necesaria proporcionalidad de las sanciones y la exigencia de motivación de las resoluciones de la autoridad administrativa.

En *Sent CS 3694-2015*, la Corte sostuvo que la condena por la comisión de un simple delito carece de la entidad suficiente para configurar una causal de expulsión del país. En efecto, señaló la Corte en el fallo indicado que

“[...] es menester consignar que la situación de permanencia irregular del amparado aparece hoy día como consecuencia de la comisión del delito de usurpación de identidad, sin embargo, ese simple delito no constituye ninguno de los tipos penales que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, y tampoco puede ser catalogada en la generalización con que concluye dicha norma, la cual evidentemente pretende incluir en tales conceptos, del todo abstractos, otras conductas de la misma entidad de aquellas que fueron enumeradas en su primera parte, entre las cuales, evidentemente, no se puede considerar la comisión de un simple delito como el que motivó la condena que se esgrime en sustento de la decisión de expulsión”.

De igual modo, en *Sent CS 3073-2015*, la Corte tuvo oportunidad para pronunciarse sobre la necesidad de observancia de la gradualidad de las sanciones, exigiendo la debida fundamentación.

En ese sentido, el tribunal máximo sostiene que el acto administrativo que no expresa fundamento razonable de su decisión, importa claramente una discriminación arbitraria, que desatiende además el actual estándar de conveniencia o utilidad que la Autoridad Administrativa debe respetar para el ejercicio de su potestad. De manera textual la Corte señaló que

“[...] la referida potestad [de sancionar], se caracteriza por otorgar un margen de libertad para decidir sobre un asunto, siempre que su actuar se encuentre determinado previamente por una regla contenida en una norma jurídica, pero dicha discrecionalidad, como se desprende de la exégesis, entre otros, de los artículos 6 y 19 N° 26° de la Constitución Política de la República, no puede constituir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, puesto que sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar su ejercicio, lo que se refuerza, a través del inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que ordena, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad administrativa que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace, "deberán siempre expresarse".<sup>7</sup>

Por otra parte, en *Sent CS 4165-2015* en que la CS fue exigida a pronunciarse sobre la falta de fundamentación de una resolución que rechazó una solicitud de reconsideración, respecto de una resolución que dispone la expulsión del país, señaló que el rechazo no fundamentado de tal solicitud vulnera la libertad personal y seguridad individual del recurrente. La Corte reprochó a la autoridad administrativa correspondiente que la

“[...] resolución N° 4040, como se dijo, nada más esgrime como motivación amén de las citas legales, "la necesidad de observar y dar cumplimiento a las normas de Extranjería", pero sin expresar, siquiera sucintamente, el fundamento para rechazar las alegaciones argüidas por quien solicita la reconsideración las que también se ignoran. Tal carga argumentativa resultaba insoslayable en la especie, si se tiene presente que la acción penal por el ingreso clandestino denunciado había sido extinguida por propia iniciativa de la autoridad administrativa, lo que hacía menester pronunciarse a la luz de las circunstancias presentes al momento de dictarse la referida resolución, en especial las alegadas en la petición de reconsideración, pero también en relación a otros aspectos relevantes y decisivos en este tipo de asuntos, como por ejemplo, si la amparada incurrió desde su ingreso a este país en algún tipo de conducta ilícita distinta al ingreso clandestino objeto de la denuncia desistida, haya sido o no sancionada por ella, si ha cumplido o no el control de firma periódica ante la autoridad al que quedó sometida una vez ocurrido el ingreso al territorio, su situación personal o el tipo de actividad mediante el cual se provee de medios de vida, etc.”

Otro tanto hace la Corte de Apelaciones de Temuco en causa Rol N° 497-2015, confirmada por remisión por la CS en *Sent 6964-2015*, en que se recurrió de amparo cuestionando la revocación de una visa de residencia sujeta a contrato de un migrante, condenado por robo en lugar habitado a la pena de 541 días en la modalidad de remisión condicional, que conllevaba la separación de un grupo familiar constituido en Chile. La Corte de Temuco señaló:

“**SÉPTIMO:** Que, de conformidad con lo que se viene expresando, esta Corte establece como *ratio decidendi* que no procede separar a un padre o a una madre extranjeros del resto de su familia constituida en Chile en virtud de lo dispuesto en los artículos 66 y 64 N°1 del DL 1094 de 1975, Ley de Extranjería, por resultar desproporcionado desde el punto de vista constitucional y, por lo mismo, constituye un atentado en contra del derecho fundamental a la libertad personal del recurrente.”

<sup>7</sup> En similares términos *Sent CS 17.132 -2014*.

#### 4.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CS EN RELACIÓN CON MIGRANTES Y/O EXTRANJEROS ENFRENTADOS A UN PROCESO PENAL

Existen varios aspectos de la jurisprudencia de la CS en materia migratoria que son especialmente importantes para el ámbito penal. El primero, es el relativo a la improcedencia de expulsión administrativa derivada de una causa penal por tráfico ilícito de estupefacientes por falta de habitualidad en la actividad delictiva. El segundo, concierne a la falta de requisito de cumplimiento de la pena para proceder a la expulsión administrativa derivada de un ingreso clandestino. En tercer lugar, la improcedencia de la expulsión en caso de denuncia de delito de tráfico de migrantes. En cuarto término, la improcedencia de la expulsión basada en hecho delictivo que no ha sido materia de juzgamiento y condena. Quinto, la necesidad de motivar la expulsión no sólo en la gravedad de los hechos imputados. Sexto, la improcedencia de considerar condenas eliminadas de un registro oficial. Séptimo, la importancia de la actitud procesal del imputado y el cumplimiento de las penas sustitutivas para impugnar la expulsión, y; octavo, la oportunidad para solicitar la imposición de la pena sustitutiva de expulsión.

##### i) **Improcedencia de expulsión administrativa en caso de tráfico ilícito de estupefacientes por falta de habitualidad.**

La CS ha estimado que la existencia de una condena por tráfico de drogas no significa que el extranjero se dedique necesariamente a tal actividad ilícita de manera habitual. Así en *Sent CS 2309-2015* señaló que:

“5° Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la conducta ilícita que funda la expulsión es de 17 de septiembre de 2008. No se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeto a otra investigación penal. De este modo, el delito cometido no constituye la situación que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada”.<sup>8</sup>

No obstante, que la anterior línea jurisprudencial se viene asentando en la CS desde hace varios años, es posible todavía encontrar fallos en sentido contrario. En *Sent CS 9492-2016* la CS señaló 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 enuncia, 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

<sup>8</sup> Ver también: *Sent CS 33257-2016 y 50010-2016*. El artículo 15 N° 2 del DL. 1094, Ley de Extranjería, prohíbe el ingreso al país de los extranjeros que se "dediquen" al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, a la trata de blancas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres.

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".

En el caso referido en el párrafo anterior la CS si bien tiene en cuenta que el recurrente no ha cometido otro ilícito posterior, reprocha a éste que estuvo rebelde en la causa penal por 8 años y que ello dio lugar a la rebaja de la pena por prescripción gradual, lo que igualmente lo llevó a permanecer durante ese período en situación irregular en este país, lo que constituye una infracción del artículo 71 del D.L. N° 1094. En pocas palabras, en opinión de la CS, la conducta del recurrente no estuvo libre de todo reproche con posterioridad a la condena.

En un caso diametralmente distinto, frente a un recurso de amparo a favor de un extranjero, respecto del cual se había dispuesto, mediante decreto, su expulsión del país, al haber sido condenado por asociación ilícita para el tráfico de drogas, la Corte de Apelaciones de Santiago, estimó que la autoridad administrativa obró dentro de los márgenes legales y en ejercicio de sus atribuciones, por lo que rechazó el recurso. Interpuesto recurso de apelación en contra la sentencia que rechazó el amparo, la CS en *Sent 3550-2015* confirmó, sin más fundamentos que los de primera instancia la sentencia apelada.

**ii) Imprudencia de expulsión administrativa por ingreso clandestino frente a falta de requisito de cumplimiento de pena. Efecto del desistimiento de la denuncia**

Un aspecto en que la CS ha fijado un criterio de cierta estabilidad es el relativo a la exigencia que exista condena penal cuando se trata de una expulsión administrativa por ingreso clandestino. En *Sent CS 4065-2015* se sostuvo:

*"1° Que el artículo 69 del D.L. 1.094 impone la medida de expulsión para los extranjeros que ingresen clandestinamente al país o por lugares no habilitados, una vez cumplida la pena que la misma disposición contempla para ese delito. 2° Que, según consta de los antecedentes, el 18 de marzo de 2014 la Intendencia de Tarapacá formuló requerimiento contra la amparada por infracción al artículo 69 antes citado, a fin de que el Ministerio Público iniciara la investigación por el delito de ingreso clandestino. Sin embargo, en esa misma fecha, la autoridad administrativa se desistió, lo que trajo como consecuencia la extinción de la acción penal, dictándose en cambio la Resolución N° 126, que expulsa a la recurrente del país.[...] 7° Que sin duda la expulsión decretada acarreará graves efectos en su persona, pues atendida la fecha de suscripción de la resolución administrativa que le afecta, sin que se haya procedido a su ejecución, le ha impedido encontrar una legítima fuente de trabajo e ingresos, pese a convenir una faena laboral que no puede concretar por la situación que le afecta, según se demuestra con el documento de fojas 15, lo que refuerza su inequívoca intención de subsanar su situación migratoria, recibiendo de la autoridad un pronunciamiento meramente formal fundado sólo en la cita disposiciones legales y reglamentarias y en el hecho no controvertido de un ingreso al territorio nacional por un paso no habilitado, lo que se patentiza con la decisión de la Intendencia de desistirse del requerimiento formulado contra la amparada. 8° Que en tales circunstancias la resolución atacada deviene en arbitraria y afecta la libertad ambulatoria de la amparada, compelida a abandonar el país, por lo cual la presente acción constitucional será acogida."*

De manera más clara la *Sent CS 8436-2015* exige el requisito de cumplimiento previo de una pena por el delito de ingreso clandestino para proceder a la expulsión administrativa señalando:

“4° *Que, conforme prescribe el artículo 78 de la Ley de Extranjería, en delitos migratorios como el de la especie, el desistimiento del denunciante importa la extinción de la acción penal, lo que acarrea la imposibilidad de determinar la existencia del ilícito y la participación culpable del extranjero en su comisión, quedando, por ello, amparado por la presunción de inocencia.* En ese escenario, en que no existirá castigo penal por los hechos denunciados, tiene importancia atender a lo prevenido por el artículo 69 del citado cuerpo normativo, que dispone en su inciso final que, una vez cumplida la pena por el delito de ingreso clandestino, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional. *La antedicha circunstancia de cumplimiento de la pena impuesta por el delito, aparece como una condición previa al decreto de expulsión que, en este caso, no podrá verificarse, al estar extinguida la acción penal por el desistimiento de la autoridad, de lo que se sigue que tampoco será factible imponer una sanción administrativa por un hecho cuya naturaleza delictiva no fue establecida previamente por el tribunal llamado por la ley a conocer de ello*”.<sup>9</sup>

En sentido opuesto a lo señalado en los fallos anteriores se pueden encontrar *Sent CS 37115-2015*<sup>10</sup> y *27835-2016*<sup>11</sup>. En la última, no obstante existir desistimiento, la CS niega el amparo constitucional, principalmente basado en la falta de arraigo familiar, social o laboral en Chile. También en clara contradicción con la línea jurisprudencial observada, la CS en *Sent 7405-2016*, sin mayor fundamentación, confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique que rechazó un amparo constitucional. La corte nortina expresó que:

“En la especie, al sancionar el Intendente Regional al ciudadano extranjero amparado con la expulsión del territorio nacional, no incurrió en ninguna ilegalidad, arbitrariedad o vulneración de garantías constitucionales, por cuanto el acto administrativo impugnado emana de autoridad competente, por hechos que ameritaban la medida de expulsión del territorio nacional, como es el ingreso de ciudadano extranjero en forma clandestina, hecho constatado por funcionarios de la PDI, siendo sometida la referida Resolución Afecta al control de legalidad por la Contraloría Regional. Por lo demás, el amparado no ha justificado de manera alguna un interés prevalente para acoger su pretensión -dejar sin efecto la medida de expulsión del país-, en cuanto no ha demostrado sus medios de vida en este país, además que en su relato y documentación no se encuentra suficientemente acreditada la existencia de una relación de familia que deba ser cautelada por a través del presente recurso de amparo (considerandos 5° y 6° de la sentencia de la Corte de Apelaciones)”.

### iii) **Improcedencia de expulsión en caso de denuncia de delito de tráfico de migrantes**

La CS en *Sent CS 11522-2015* aplicando correctamente la normativa vigente, ha señalado que el extranjero que efectúa denuncia por el delito de tráfico de migrantes, no puede ser expulsado mientras el proceso penal derivado de su denuncia se encuentre pendiente. En efecto la CS señaló lo siguiente:

“1°. Que es un hecho demostrado en la causa, con el documento que rola a fojas 56, que el amparado formuló una denuncia ante el Ministerio Público por tráfico de migrantes en contra de las personas que gestionaron su viaje al país, le ofrecieron la tramitación y regularización de su situación migratoria, incluyendo la pertinente solicitud de visa, con lo que se inició una investigación penal

<sup>9</sup> Ver además: *Sent CS 8435-2015*<sup>9</sup>; *11522-2015*; *12356-2015*; *22186-2016*; *45845-2016*; *16034-2016*.

<sup>10</sup> En la *Sent CS 37115-2015*, hay un voto disidente, que pone el acento en la contradicción entre la decisión del Estado de no perseguir el delito de ingreso clandestino y la medida de expulsión del país.

<sup>11</sup> De igual forma en la *Sent CS 27835-2016*, el voto disidente se inclina por la improcedencia de la expulsión basada únicamente en la mera noticia de la autoridad policial acerca del ingreso clandestino al país del extranjero.

aún en curso por tales hechos, respecto de los cuales, de establecerse su efectividad, el amparado asumiría el carácter de víctima. 2° Que, en esas circunstancias, y mientras el procedimiento penal incoado para pesquisar el delito de tráfico de migrantes no haya culminado, no resulta procedente resolver sobre la permanencia del ciudadano dominicano en territorio nacional; de contrario, disponer su expulsión inmediata se manifiesta como una decisión apresurada ante la posibilidad de un pronunciamiento judicial que declare que ha sido víctima del referido ilícito y lo despoja de cualquier ánimo delictual, lo cual torna necesario esperar la resolución de la causa penal pendiente, antes de examinar la probable imposición de la sanción prevista en el inciso final del artículo 69 del Decreto Ley N° 1094”.

**iv) Imprudencia de expulsión basada en hecho que no ha sido materia de juzgamiento y condena.**

La CS en *Sent 25346-2014*, ha dicho que una imputación que no ha sido materia de una sentencia definitiva que establezca con certeza su ocurrencia y el grado de participación del amparado no puede emplearse como fundamento de una resolución expulsiva. Ese es el caso respecto de un hecho al que se ha aplicado suspensión condicional del procedimiento. En el fallo indicado se sostuvo:

“3° Que así, entonces, al haber ingresado el amparado a territorio nacional en el año 2009 en virtud del referido convenio, sin que las autoridades que dicho instrumento designa (las de carácter político de mayor jerarquía de Arica, en el caso de Chile) hayan dispuesto que abandonara el país, la actuación del señor Intendente en este caso aparecen no sólo extemporánea sino además fuera de los casos que prevé la norma que invoca en apoyo de su actuación. 4° *Que a su turno, el segundo elemento invocado en apoyo de la medida cuestionada, esto es, la existencia de un proceso penal en el cual se dispuso la suspensión condicional del procedimiento, tampoco fortalece los fundamentos de lo decidido, por cuanto omite considerar que la imputación que se invoca no ha sido materia de una sentencia definitiva que establezca con certeza su ocurrencia y el grado de participación del amparado. Por el contrario, de acuerdo a los mecanismos de descongestión que contempla el sistema procesal penal, el referido conflicto fue objeto de una suspensión sujeta a ciertas y precisas condiciones que, de ser satisfechas, provocan el sobreseimiento definitivo de la causa - lo que, conforme sostuvo la defensa en estrados, ha ocurrido- de manera que tal circunstancia tampoco puede ser invocada en apoyo de la expulsión decretada”.*

**v) La necesidad de motivar la expulsión no sólo en la gravedad de los hechos imputados**

Otro aspecto que ha sido materia de análisis es lo relativo a la invocación por la autoridad administrativa de la gravedad de los hechos imputados como único fundamento de la sanción de expulsión. En esto la CS ha sido clara en sostener que la sola gravedad de los hechos no puede servir como motivo que derive en la expulsión, sin considerar otros factores.

Así en *Sent CS 17.132-2014* se sostuvo:

“5° Que la gravedad de los hechos imputados al ciudadano extranjero -entendida como el grado de impacto al o los bienes jurídicos amparados por el tipo penal realizado y el rechazo social al mismo- está reflejada en la pena impuesta en la sentencia firme citada en el decreto cuestionado. [...] Por tanto, tratándose de una persona que está cumpliendo en la actualidad esa pena, la cabal motivación

del acto cuestionado requería la ponderación de otros factores, además de la condena precedente en sí misma”.

Lo mismo afirmó en *Sent CS 2309-2015*:

“6° Que si se atiende sólo a la gravedad de los hechos imputados al ciudadano extranjero entendida como el grado de impacto al bien jurídico amparado por el tipo penal realizado está reflejada en la pena impuesta en la sentencia firme citada en el decreto cuestionado, la que actualmente se encuentra en ejecución, a través de la medida de libertad vigilada, cuyos fines se perturban ante la amenaza permanente de la ejecución de la expulsión”.

#### vi) **Improcedencia de considerar condenas eliminadas de un registro oficial**

Conociendo de un amparo de una ciudadana peruana condenada por el delito de terrorismo en su país de origen la CS en *Sent 16664-2015*, señaló que frente a la eliminación de los antecedentes penales en el país de origen no se podía emplear dicho antecedente como fundamento de la expulsión. En efecto, en el considerando 3° de la referida sentencia se puede leer:

“3° Que el Consulado General del Perú certificó que la amparada no registra antecedentes penales en ese país, lo que es concordante con lo manifestado por su defensa en estrados en cuanto eliminó el registro de la condena penal tras su cumplimiento. 4° Que la situación antes anotada también se halla contemplada en nuestra legislación, pues de acuerdo a lo que dispone el D.L. N° 409 de 1932, en relación al artículo 9 del D.S. N° 64, cumplida la condena, el penado puede acceder a la eliminación total y definitiva del prontuario, cual es lo que da cuenta el documento señalado en el acápite anterior, de manera que la sanción penal que motiva el acto que se impugna no ha podido esgrimirse por la autoridad como fundamento de la expulsión de la amparada del territorio nacional. Tampoco la acusación por un delito respecto del cual no existió condena”.

#### vii) **Importancia de la actitud procesal del imputado y el cumplimiento de la penas sustitutivas para impugnar expulsión**

En varias sentencias la CS, para acoger recursos de amparo en favor extranjeros condenados, sostiene como argumentos, por un lado, la actitud procesal del imputado y, por otro, el cumplimiento satisfactorio de la pena sustitutiva y la inexistencia de otros antecedentes penales.

En *Sent CS 50010-2016*, sostuvo sobre los aspectos indicados:

“5° Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la conducta ilícita que funda la expulsión se cometió el año 2013, respecto de la cual la amparada reconoció su participación, lo que le permitió ser sentenciada mediante un procedimiento abreviado. No se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeto a otra investigación penal y, por el contrario según da cuenta el oficio emanado del Centro de Reinserción Social de El Loa dio cumplimiento satisfactorio a la medida alternativa de cumplimiento de la pena”.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> En igual sentido *Sent CS 33257-2016*. Asimismo, en el voto disidente de la *Sent CS 17446-2016*, se consideró como antecedentes para estimar desproporcionada la expulsión del país, el cumplimiento de la pena sustitutiva de libertad vigilada y el arraigo laboral y familiar.

**viii) La oportunidad para solicitar la imposición de la pena sustitutiva de expulsión incluye la etapa de ejecución de la condena**

Una cuestión que fue dilucidada por la CS es la oportunidad en que se puede solicitar la pena sustitutiva de expulsión del país. En *Sent CS 8726-2015* la Corte sostuvo:

“1°) Que el artículo 34 de la Ley N° 18.216 otorga al condenado extranjero que no resida legalmente en el país y al que se le hubiera impuesto una pena no superior a presidio menor en su grado máximo la posibilidad de obtener la sustitución del cumplimiento de dicha pena por su expulsión del territorio nacional. 2) Que la redacción de la norma en comento permite colegir que lo planteado puede ser discutido en sede de ejecución penal, de manera que el tribunal competente es el de garantía que corresponda, al amparo de lo que prescribe el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, que entrega a dicha magistratura la ejecución de las condenas criminales, así como la resolución de las solicitudes y reclamos relacionados con ella”.

## **5.- CONTROL MIGRATORIO Y OTORGAMIENTO DE VISAS**

Probablemente el momento de mayor desprotección que enfrenta un extranjero en nuestro país es la primera interacción con funcionarios estatales en el control fronterizo. La experiencia ha demostrado que es en este momento donde se define la “suerte migratoria”<sup>13</sup> de una persona. Existe suficiente evidencia acerca del ejercicio arbitrario y abusivo de las facultades legales y reglamentarias por parte de los funcionarios policiales encargados del control migratorio.<sup>14</sup>

En menor medida, y relacionado con lo dicho acerca de la vigencia del debido proceso en materia migratoria, la actuación de las autoridades administrativas encargadas de otorgar visas también aparece teñido de una falta de razonabilidad que hace necesario ocuparse aunque sea brevemente de ello.

La CS también ha emitido pronunciamientos sobre estos tópicos. Si bien se trata de un aspecto que, en principio, excede del ámbito procesal penal, los fallos dictados pueden resultar útiles para construir argumentos que permitan enfrentar imputaciones penales y administrativas derivadas de un ingreso clandestino.

En primer lugar, abordaré lo relativo al control migratorio, para luego referirme al segundo aspecto indicado.

**i) Sentencias de la CS sobre el control migratorio efectuado en puestos fronterizos**

La CS en *Sent 33445-2016*, al rechazar un recurso de amparo en favor de dos ciudadanos haitanos, fijó el ámbito del control migratorio, señalando que este:

---

<sup>13</sup> Con esto nos referimos al futuro estatus migratorio que el extranjero mantenga durante su estadía en Chile.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo: STANG, Fernanda y STEFONI, Carolina. “La microfísica de las fronteras. criminalización, racialización y expulsabilidad de los migrantes colombianos en Antofagasta”, *Revista Astrolabio*, N° 17, Nueva época, Chile, 2016, pp.42-80.

“[...] es un trámite complejo que excede el simple sello del pasaporte, pues los oficiales de la policía han de registrar el ingreso del extranjero al sistema GEPOL, consultar sus antecedentes a INTERPOL, corroborar el motivo del viaje y la forma de subsistencia durante la estadía, entre otros aspectos.”

El anterior fallo permite contar con un marco claro de las posibles actuaciones policiales en materia de control migratorio, el que, en todo caso, debe ser complementado con los fallos que se resumen en los párrafos siguientes y que se empeñan en prevenir cualquier atisbo de arbitrariedad. Como se verá en seguida, existen diversos fallos de la CS en que, entre otros, aspectos : i) se reprocha a la autoridad policial la aplicación errónea de causales de prohibición de ingreso; ii) se cuestiona el que la decisión de determinar entre los turistas extranjeros a quienes se permite y prohíbe el ingreso al país quede entregada al solo criterio de un funcionario policial; iii) se declaró ilegal un interrogatorio efectuado por policías acerca de los “reales motivos” para ingresar a Chile; iv) se declaró expresamente la mutabilidad legal de la calidad de turista a la de residente, por estar ello permitido por la misma ley; v) se estimó que la extensión indefinida de una prohibición de ingreso derivada de una expulsión administrativa por un simple delito resulta desproporcionada al hecho que la motivó.

Así, en *Sent CS 26860-2014*, el máximo tribunal señaló, para acoger un amparo presentado por un extranjero, dueño de inversiones forestales en Chile, al que se le retiró su pasaporte por estimar la PDI que estaba realizando una actividad laboral sin estar previamente autorizado, que:

“1° Que, de acuerdo a los antecedentes del proceso, el motivo tenido en cuenta por la recurrida para proceder al retiro del pasaporte del ciudadano extranjero XXX, se sustenta en que el día treinta de septiembre del año en curso, éste fue encontrado al interior del fundo donde reside cuando visita el país, vestido de overol y aserrando troncos con una sierra estática, entendiendo los funcionarios de la Policía de Investigaciones que estaba realizando una actividad laboral, sin contar para ello con la visa de trabajo correspondiente. 2° Que, no se encuentra controvertido que el recurrente mantiene en Chile una sociedad constituida legalmente, denominada Agrícola y Forestal Huempeleo Limitada, la que tiene como giro el rubro forestal, siendo el amparado su socio principal. 3° Que, según dispone el artículo 44 del DL 1.094, los extranjeros que ingresen al país con la finalidad de gestionar sus negocios pueden hacerlo amparados en una visa de turismo, sin que sea necesario contar con una de otro tipo.”

Por su parte, en *Sent CS 29344-2014*, en el caso de un ciudadano extranjero al que se negó el ingreso al país por no demostrar su condición de turista conforme dispone el artículo 44 del Decreto Ley 1094 de 1975, la CS resolvió que:

“3° Que las disposiciones citadas enumeran las causales por las cuales la autoridad policial y migratoria puede impedir el ingreso al territorio nacional de ciudadanos extranjeros. En efecto, y de acuerdo a la normativa que rige la materia, es claro que si un extranjero se encuentra en alguna de las hipótesis que describen los preceptos citados, se le debe denegar la entrada al país. Sin perjuicio de lo expresado, en el caso de autos y conforme a lo informado por la propia recurrida, el fundamento que se esgrime para prohibir el ingreso de los amparados no se sustenta en ninguna de las causales descritas en los preceptos citados. 4° Que de la manera expresada, solo resulta posible concluir que el control migratorio efectuado por la Policía de Investigaciones ha excedido sus atribuciones, al negar el ingreso al país a los amparados únicamente sobre la base de lo declarado por la autoridad, en circunstancias que no se ha demostrado que no cumplieran los requisitos generales que prescribe la ley para permitir su libre tránsito por Chile, de manera que no era posible impedirles válidamente su derecho a ingresar al territorio nacional.”

Como una forma de eliminar la arbitrariedad en el control fronterizo la CS ha censurado en reiteradas ocasiones que el ingreso de un extranjero al país quede entregado al solo criterio de un funcionario policial. La CS señaló en **Sent 22824-2015** que:

“Cuarto: Que, en este contexto resulta improcedente someter al extranjero, que se presenta como turista ante la autoridad policial y que cumple los requisitos legales demandados en tal calidad, a una indagación sobre otros motivos mediatos para su ingreso al país que no guarden relación con una actividad criminal, desde luego, si el propio D.L. N° 1094 en su artículo 49 autoriza al turista a solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, según proceda, en los casos que la misma norma enuncia. Huelga explicar que no cabe entender, a riesgo de caer en conductas discriminatorias por parte del funcionario estatal, que la calidad de turista que invoca el extranjero al solicitar el ingreso al país, mude, se pierda, o pueda calificarse de falsa, si éste tiene la intención de más tarde requerir la modificación de estatuto que autoriza la ley, y, por otra parte, en este supuesto el cumplimiento de los requisitos para tal cambio de calidad será examinado en su oportunidad por la autoridad administrativa. Quinto: Que ante la circunstancia de existir un único hecho cierto, cual era que la amparada era titular de un ticket aéreo que le permitía volver a su país en 20 días, resulta arbitraria la conclusión a la que llega la autoridad policial relativa a que el verdadero objetivo de la amparada era la de migrar de país. Sexto: *Que, así las cosas, a juicio de esta Corte el acto administrativo de prohibir a la amparada el ingreso al país, aparece como secuela de una sucesión de actuaciones cuya racionalidad y fundamento no se logran vislumbrar, lo cual transforma el acto impugnado en ilegal y arbitrario, pues de aceptarse el procedimiento de los agentes policiales objeto de la acción de amparo importaría entregar al solo criterio del funcionario policial la decisión de determinar entre los turistas extranjeros a quienes se permite y prohíbe el ingreso al país.*”<sup>15</sup>

Siguiendo la línea jurisprudencial reseñada en el párrafo anterior la CS en **Sent 5163-2015**, al conocer un amparo de un ciudadano peruano reembarcado por la PDI, luego de ser sometido a un interrogatorio acerca de sus reales motivos para ingresar a Chile, declaró ilegal dicho interrogatorio, añadiendo que un extranjero que ingrese como turista puede tener como propósito posterior cambiar su calidad a la de residente, porque ello está permitido en la misma ley.

En efecto, en la sentencia indicada en el párrafo precedente la CS señaló, respecto de un extranjero a quien se le negó el ingreso en un puesto fronterizo, luego de ser interrogado acerca de su motivo para viajar a Chile<sup>16</sup>, que:

“3°) [...] *los antecedentes que sirven para sustentar que el amparado no intentó ingresar al país para realizar actividades de turismo sino con propósito de inmigración y, consecuentemente, aplicar a su respecto la causal de prohibición del artículo 15 N° 4 del D.L. N° 1094 propia del extranjero que desea ingresar al país en la calidad de residente, fue obtenida por la autoridad policial ilegalmente como se explicará a continuación.* En efecto, solicitando el amparado su ingreso a este país como "turista", amén de la documentación migratoria necesaria, que en este caso por ser ciudadano peruano se reduce al documento equivalente a la cédula de identidad, *la autoridad policial sólo podía exigir a éste, conforme al inciso 2° del artículo 44 del D.L. N° 1094, acreditar tener los*

<sup>15</sup> En idénticos términos: **Sent 5163-2015**.

<sup>16</sup> En el considerando 1° de la sentencia se puede leer el contenido de la actuación policial ejecutada en este caso: “1°) Que según se lee en la copia obtenida de la foja pertinente del Libro de pasajeros reembarcados, agregada a fs. 9 de este legajo, para impedir el ingreso al país del amparado XXXX, el funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile invocó el artículo 44 de la Ley de Extranjería en relación al artículo 15 N° 4 del mismo cuerpo legal, anotándose que aquél "no cuenta con los medios económicos; no portar dinero; no cuenta con pasajes de regreso; [ilegible] costeados por terceros; en entrevista policial señala venir a Chile en busca de trabajo y fines migratorios, señala no tener profesión ni oficio."

*medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, sin encontrarse facultada para someterlo a un interrogatorio con el objeto de indagar o descubrir otros motivos o intenciones para el ingreso, como la inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas, menos aún si dicho interrogatorio conlleva una restricción de la libertad ambulatoria del amparado durante el período que se extiende ese sondeo, lo que impide aplicar analógicamente alguna norma en esta materia en perjuicio del extranjero”.*<sup>17</sup>

En el mismo fallo nuestro máximo tribunal, emplea como fundamento contra la indagación, por parte de la policía, de otros motivos para el ingreso, lo que hemos llamado la mutabilidad legal de la calidad de turista. Textualmente la CS sostiene:

“5°) Que todavía más, resulta improcedente someter al extranjero que se presenta como turista ante la autoridad policial y que cumple los requisitos legales demandados en tal calidad a una indagación sobre otros motivos mediatos para su ingreso al país que no guarden relación con una actividad criminal, desde luego, si el propio D.L. N° 1094 en su artículo 49 autoriza al turista a solicitar el cambio de su calidad por la de residente o residente oficial, según proceda, en los casos que la misma norma enuncia.

Huelga explicar que no cabe entender a riesgo de imponer sanciones en base a meras intenciones del administrado que la calidad de turista que invoca el extranjero al solicitar el ingreso al país, mute, se pierda, o pueda calificarse de falsa, si éste tiene la intención de más tarde requerir la modificación de estatuto que autoriza la ley, y, por otra parte, en este supuesto el cumplimiento de los requisitos para tal cambio de calidad será examinado en su oportunidad por la autoridad administrativa competente, sin que pueda la Policía de Investigaciones adelantar dicho escrutinio.”

El fallo analizado también se refiere a la suficiencia de los medios económicos para subsistir en Chile, que en el caso concreto no solo importaba considerar el dinero que el extranjero portaba consigo, sino además la existencia de familiares que lo esperaban en el aeropuerto. En tal sentido, señala:

7°) Que en concordancia a lo antes concluido es que se examinará únicamente lo que atañe a la causal 7a del artículo 15 del D.L. N° 1094 en relación al artículo 44, inciso 2°, del mismo texto, es decir, *al cumplimiento por el amparado del deber de acreditar ante la autoridad policial que tenía a la sazón los medios económicos suficientes para subsistir durante su permanencia en Chile, examen que importa también revisar si al amparado se otorgó la oportunidad, el tiempo y los medios indispensables sin pasar por alto el especialísimo contexto en que esto se desarrolla para acreditar*

---

<sup>17</sup> El citado fallo refiere una serie de normas legales generales y especiales que restringen los supuestos de hechos y el contenido de los interrogatorios que la policía puede efectuar en la frontera. El fallo, analizando la normas pertinentes, expresa: “El D.L. N° 1094, ordenamiento conforme al cual debe regirse en lo que interesa el ingreso al país, el egreso, la expulsión y el control de los extranjeros, según prescribe su artículo 1°, sólo autoriza en su artículo 82, inciso 2°, a tomar declaración al extranjero que "sorprenda" cometiendo una infracción de aquellas a que alude el artículo 81, es decir, esa declaración no tiene por objeto que el extranjero devele una infracción a la Ley de Extranjería desconocida por los funcionarios policiales, sino que se explaye voluntariamente sobre la infracción ya constatada administrativamente por el agente. Por su lado el Decreto 597, en su artículo 24, que reglamenta la revisión de los documentos de pasajeros y tripulantes de aeronaves, tampoco faculta a las autoridades contraloras para un interrogatorio como el que se viene comentando y lo mismo puede concluirse de la lectura de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, que en su artículo 5°, en lo que atañe a este asunto, sólo entrega a dicha institución el deber de controlar el ingreso y la salida de personas del territorio nacional, adoptar todas las medidas conducentes para asegurar la "correcta identificación" de las personas que salen e ingresan al país, la validez y autenticidad de sus documentos de viaje y la libre voluntad de las personas de ingresar o salir de él. [...]”

*el punto dubitado con la documentación que porta consigo o con los demás antecedentes que pueda aportar o conseguir de manera expedita en la misma ocasión. Al respecto, en la constancia del ya mencionado Libro de pasajeros reembarcados se señala que el amparado XXX no cuenta con pasajes de regreso, dinero ni medios económicos, sin embargo, el recurrente aduce que el amparado poseía bolsa de viaje de US \$900 que no se le permitió exhibir, e incluso acompaña a fs. 19 documento que revela que el amparado adquirió también pasaje de regreso Santiago Lima para el día 19 de abril del año en curso en el vuelo LA 540, operado y comercializado por LAN. Asimismo, el recurrente, hermano del amparado que reside en Chile, manifiesta que éste venía como turista precisamente a visitarlo y que ello le fue comunicado a los agentes policiales durante el lapso en que el amparado permaneció detenido en espera del viaje de retorno dispuesto por la autoridad, lo cual además volvía irrelevante que el amparado no portara dinero al arribar a este país, de ser ello efectivo, al ser esperado por familiares en el aeropuerto que le brindarían alojamiento y manutención durante su estadía. De esa manera no puede aceptarse que el amparado, quien tenía pasaje de regreso adquirido y que era esperado en el Aeropuerto por familiares que le darían alojamiento y manutención durante los 20 días que permanecería en Chile, haya omitido entregar esa información tan relevante y pertinente a los funcionarios policiales, o que habiéndola aportado, bajo las circunstancias antes descritas, no hubiese estado en condiciones de demostrarlas.”<sup>18</sup>*

También se ha expedido la CS, acogiendo un amparo contra una decisión policial que negaba el ingreso al país, sobre la extensión temporal de la prohibición de ingreso de un ciudadano extranjero, especialmente considerando la gravedad del hecho penal que dio origen a la referida medida. En **Sent CS 37778-2015** señaló que:

*“[...] tal prohibición ha de tener un límite temporal, pues lo contrario implica admitir una sanción a perpetuidad desvinculada de la necesaria ponderación de los antecedentes particulares del caso, cuestión que afecta la proporcionalidad del castigo. 3°. Que, en el caso en comento, el amparado fue condenado como autor de un delito de contrabando a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo, remitida y cumplida, aplicada por un hecho cometido en el año 2003, sin que hayan antecedentes que den cuenta que cometió algún otro ilícito en territorio nacional ni fuera del país. De esta manera, resulta que pende sobre el extranjero una prohibición de ingreso al país desde enero de 2007, esto es, cerca de diez años, por un simple delito castigado con una baja penalidad y que fue objeto de una pena sustitutiva que se cumplió íntegramente, lo que permite colegir que la extensión de la sanción administrativa es desproporcionada al hecho que la motivó. 4°. Que en tales circunstancias no aparece plausible denegar indefinidamente el ingreso al país del amparado, más aún cuando pretende, al tenor del recurso deducido, la autorización para realizar una visita de exclusivo orden turístico. La falta de determinación de un período concreto de duración de dicho impedimento constituye una inobservancia de los principios conclusivo y de imparcialidad que gobiernan los actos administrativos conforme prescriben los artículos 8 y 11 de la Ley N° 19.880, [...]”*

Asimismo, en **Sent CS 65382-2016**, sostuvo en relación a la negativa de ingreso al país de una ciudadana peruana extranjera que la sola existencia de una condena en su contra constituía una

<sup>18</sup> Del mismo modo resolvió la CS en **Sent CS 25347-2014**. En esta sentencia expresó: “1° Que, de acuerdo a los antecedentes del proceso, el motivo tenido en cuenta para haber dispuesto en su oportunidad la negativa a permitir el ingreso al territorio nacional de los recurrentes fue la circunstancia de haber declarado ellos expresamente a representantes de la Policía de Investigaciones que su entrada lo era con fines laborales, sin contar con la visa de trabajo correspondiente. 2° Que, sin embargo, los artículos 15 y 16 del DL 1.064 no prevén la hipótesis invocada como motivo para impedir el ingreso de extranjeros al territorio nacional, sin que sea aplicable el numeral 7° de la primera disposición citada como pretende el fallo apelado, ya que los recurrentes sostienen que satisfacen los requisitos para ingresar como turistas al país, pudiendo regularizar su pretensión laboral ya en Chile, conforme lo autoriza el artículo 48.”

causal de expulsión, no de prohibición de ingreso, más aún si la amparada estaba domiciliada en Chile. Se puede leer en la sentencia:

“1° Que la autoridad requerida señaló que el fundamento para impedir la entrada al país de la amparada sería la existencia de una condena dictada en su contra en causa RIT N° 8760 2014, por el delito de receptación de especies dictada por el Juzgado de Garantía de Arica, cuyo cumplimiento no habría sido acreditado. Conforme a lo que se expresa en el recurso de amparo interpuesto, doña XXXX, de nacionalidad peruana, ingresó al territorio nacional en el mes de septiembre en curso, desde la ciudad de Tacna a Arica para desarrollar sus actividades en el negocio de su propiedad, que funciona en su domicilio de calle XXX de ésta última, y que la condena impuesta en la referida causa la habría cumplido íntegramente. 2° Que el artículo 16 del Decreto Ley N° 1.094, en su numeral primero dispone: "podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de los siguientes extranjeros: Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de simples delitos". 3° Que, tratándose de una ciudadana peruana que dice tener y desarrollar una actividad comercial en territorio nacional y haber cumplido las penas que le fueron impuestas por el delito señalado, situación ésta última respecto la cual existe controversia, los antecedentes esgrimidos por la Policía de Investigaciones de Chile para impedir su ingreso a territorio nacional, no se ajustan plenamente a la norma fundante de dicha negativa, lo que permite concluir que dicha prohibición ha sido contraria a derecho, dado que la existencia de la condena que le fuera aplicada, parece más bien constituir alguna de las hipótesis previstas en el Decreto Ley N° 1094 del año 1975 para decretar la expulsión del ciudadano extranjero, pero no para impedir que aquel que tiene domicilio en Chile pueda salir y regresar al mismo sin que se vea afectada su libertad ambulatoria.”

## ii) Sentencias de la CS sobre denegación de visas a extranjeros.

En materia de denegación de visas la CS ha sido categórica en la necesidad de exigir que se expresen fundamentos en las decisiones administrativas que nieguen el otorgamiento de visas y que aquellos sean razonables, de forma tal de descartar la eventual comisión de una discriminación arbitraria. En *Sent CS 1874-2015*, sostuvo:

“4° Que si bien de las normas que regulan las solicitudes y otorgamiento de visas para que un extranjero ingrese al país se colige que la autoridad posee una potestad discrecional para concederlas o denegarlas, dicha decisión deberá respetar el principio de juridicidad, comenzando por los derechos fundamentales protegidos por la carta fundamental; debe ser además proporcional y siempre expresará los hechos y fundamentos de derecho, es decir, los motivos para tal decisión, entre los que tendrá especial atención la "conveniencia" o "utilidad" que reporte al país la concesión de la visación de residente de que se trate, y el perjuicio de terceros. Respecto de estos dos últimos conceptos cabe tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional, el que declaró que aquéllos deben ser interpretados sobre la base primaria de que "el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común". "Por tanto, salvo en el caso de la reciprocidad en donde se manifiestan fuertes correlaciones interestatales, en los demás el Estado ejerce estas facultades de manera vicaria como un modo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto de la sociedad a la que sirve como de los individuos que la integran" (Rol N° 2273 2012, caratulado "Alerte Daniel con Ministerio de Interior y Seguridad Pública"). Razón por la cual sostiene que el ejercicio de estas potestades, a la luz del actual marco normativo nacional e internacional, tiene un nuevo estándar al que debe ajustarse la autoridad administrativa, que se traduce en que las razones que otorgue el Estado para fundar dichos conceptos, en su decisión deberá siempre velar por la dignidad humana y la no discriminación. 5° Que en este contexto normativo, no es posible entonces desatender que la amparada, según lo expresado en el informe del recurrido, es una profesional que cuenta con un

trabajo en Cuba, que tiene una hija en dicho país y que "acreditó propiedad, cuentas en banco y depósitos a plazos", así como que la razón de su viaje ha sido el turismo por el lapso de 21 días; tampoco, se estableció que registre antecedentes penales ni encargos judiciales pendientes o que se encuentre en alguna de las hipótesis que le prohíbe su ingreso al país, sin que se acreditara, además, la inconveniencia de la visación solicitada, puesto que el fundamento otorgado por la autoridad es el: "feble vínculo que existiría entre la solicitante y el invitante", sin explicitar las razones por las cuales llegó a esa conclusión, más aún si se tiene presente el resto de los antecedentes antes reseñados, de lo que se colige que dicho argumento en estas condiciones carece de un sustrato factico coherente que permita comprender la negativa a la solicitud de visa. 6° Que, por consiguiente, *la denegación de la visa de turista realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la amparada da cuenta de un acto administrativo que no expresa fundamento razonable de su decisión, lo que importa claramente una discriminación arbitraria, que desatiende el actual estándar de conveniencia o utilidad que la Autoridad Administrativa debe respetar para el ejercicio de su potestad* y, además, prescinde de la normativa a la que debió atenerse, como los artículos 1 inciso segundo y 2 de la Ley N° 20.609, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos atinentes, suscritos y ratificados por Chile que se encuentran vigentes, y el numeral 2° del artículo 19 de la ley primera, deficiencias que hacen que el acto sea irremediabilmente arbitrario e ilegal, al haber privado a la amparada del derecho de entrar libremente a nuestro país, [...].”

Asimismo, la CS en **Sent CS 24188-2014** planteó que no procede el rechazo de una solicitud de permanencia en el país usando como antecedente la comisión de un hecho delictivo de antigua data, pues aquello se estima desproporcionado en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. La sentencia señala, sobre el punto, que:

*“El acto irregular que motivó la decisión de rechazo de la solicitud de visación y abandono del país respecto del solicitante, no aparece como una trasgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, desde que se trata de un hecho que aparece como aislado en la vida de una persona y por el cual cumplió la condena que le fuera impuesta, hace más de diez años, como se demuestra de los documentos agregados a fojas 27 y siguientes. Lo anterior lleva a concluir que las decisiones que se han emitido por la autoridad administrativa y que tienen como base la comisión de un hecho delictivo de antigua data, son desproporcionadas en relación con la naturaleza, gravedad y ámbito de la infracción cometida. Ello torna en ilegal y arbitraria la decisión de rechazar el permiso de permanencia solicitado por XXX y, consecuentemente, la orden de salida y posterior decreto de expulsión.”*

Por su parte, en **Sent CS 31360-2014**, acogió amparo en contra de resolución que rechazó solicitud de visa temporaria, respecto de una ciudadana cubana que no se encontraba afecta a ninguna causal de prohibición de ingreso. Así sostuvo que:

“1° Que es un hecho no controvertido que la amparada y el recurrente contrajeron matrimonio en La Habana, Cuba, vínculo que se encuentra inscrito en el Servicio de Registro Civil e Identificación, conforme se demuestra con el documento de fojas 6, y que la hija de ambos, de actuales 17 años, también de nacionalidad cubana, ingresó al territorio nacional a fines del año 2013 obteniendo visa de residente. 2° Que las razones esgrimidas por la autoridad para rechazar la solicitud de visa temporaria, consistentes en la falta de conveniencia o utilidad nacional, se sostienen únicamente en circunstancias que atañen a su cónyuge, XXX, respecto de quien se ha sostenido que utilizó un procedimiento erróneo para ingresar al país, situación que es ajena a la recurrente, quien no se encuentra afecta a ninguna causal de prohibición o impedimento de ingreso. 3° Que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que

se trate, por lo que en tales circunstancias, el acto que se reprocha constituye un pronunciamiento meramente formal, pues no se funda en causal legal ni esgrime argumentos de entidad suficiente como para preterir los vínculos familiares acreditados, deficiencia que torna al acto en arbitrario, y que, consecuentemente, afecta la libertad ambulatoria de la persona en cuyo favor se recurre al verse impedida de ingresar al país en que se encuentra su familia directa, por lo cual la presente acción constitucional será acogida.”

## 6.- DEROGACIÓN SOBREVINIENTE

En el Rol N° 2273-12-INA el TC señaló que la Ley de Extranjería (DL. 1094 de 1975) era una norma preconstitucional y preconconvencional<sup>19</sup>, esto es, anterior a la Constitución Política de 1980 y a la normativa internacional de derechos humanos que se incorporó al ordenamiento nacional por la modificación del art. 5 del código constitucional.

Por ello no debería sorprender el tratamiento que la judicatura ordinaria ha otorgado a una norma de la Ley de Extranjería, que hace ya mucho tiempo suscitaba cuestionamientos. Se trata del art. 76 de la referida norma.

Lo anterior ha ocurrido en un ámbito alejado de lo penal, pero que conviene reseñar para apreciar la fuerza de la afirmación del TC. El conflicto, en cuanto a la aplicación o desaplicación del art. 76, se ha centrado en los documentos necesarios para acreditar la identidad con miras a ejercer el derecho a contraer matrimonio por extranjeros cuya residencia en nuestro país es irregular.

Ya el 2015 la CA de Santiago en Rol 53381-2015 (confirmada por *Sent CS 11504-2015*) sostuvo que la ley exigía solamente para celebrar el contrato que los contrayentes acreditaran sus identidades ante el funcionario y que no tuviesen impedimentos o prohibiciones, sin que exista norma alguna que exija a los ciudadanos extranjeros la exhibición de su cédula de identidad para proceder a ello, bastando, en consecuencia, la sola exhibición del pasaporte para tal efecto.

Lo anterior fue ratificado en *Sent CS 19634-2016*, al decir el máximo tribunal que:

“Cuarto: Que de acuerdo con lo expuesto y razonado, no cabe sino concluir que el Servicio recurrido ha incurrido en conducta ilegal y arbitraria. Ilegal en tanto no existe norma alguna en nuestro país que permita discriminar entre chilenos o extranjeros, en cuanto al documento idóneo para acreditar la identidad de los contrayentes, siendo suficiente al efecto un pasaporte válido y vigente, conducta la reprochada que priva a los recurrentes del legítimo ejercicio de su derecho a contraer matrimonio no obstante cumplir los requisitos legales para ello; y arbitraria porque el propio recurrido en su informe asevera que su conducta sólo se limitó a cerciorarse de la identidad de los contrayentes, cuestión que ha quedado más que clara en estos autos ya que se acreditó la identidad con un documento vigente, según consta de la copia del pasaporte de la recurrente XXX que se acompañó a los autos.”

Posteriormente, la discusión sobre la exigencia documental para contraer matrimonio, evoluciona hasta el punto de poner en cuestión la vigencia del art. 76 del DL 1.094. En efecto, en la *Sent CS 35236-2016* (30/08/2016), se puso en el debate la derogación del referido precepto por disposiciones constitucionales posteriores. En este caso, frente a la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación de conceder hora para celebrar el matrimonio entre una chilena y un extranjero

<sup>19</sup> Ver: Considerando Cuadragésimotercero del Rol N° 2273-12-INA del TC.

con residencia irregular, sobre el que además pesaba una orden de expulsión del país, la CS acogió el recurso de protección, declarando en forma expresa la derogación sobreviniente del art. 76. La gran cuestión que se planteó la CS fue la existencia de antinomias entre la disposición invocada por el Registro Civil y las normas constitucionales vigentes, a saber: el art. 1 inciso primero y final, el art. 19 N° 2 y el art. 5, todos de la CPE, en relación con el art. 17 de la CADH.

Resolviendo el punto la CS declaró:

“9°.- Que la disposición legal en referencia permite a las autoridades estatales, requeridas en actos de su competencia, exigir a los extranjeros que comprueben la legalidad de su residencia. Las citadas normas constitucionales reconocer la posibilidad de contraer matrimonio como un derecho que emana de la naturaleza humana, por lo tanto, que no puede estar sometido a exigencias formales previas. Surge una antinomia, contradicción o falta de armonía que es necesario resolver. 10°.- Que al estar determinado por la referencia expresa que se efectuó, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, al redactar el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial que emana de la naturaleza humana, el cual ya se encontraba reconocido de igual forma en el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyéndose en una de las formas en que se puede fundar una familia, la cual el Estado tiene el deber de proteger y fortalecer, sin que pueda realizar legítimamente ninguna conducta que pretenda desconocerlo, no obstante, las acciones llevadas adelante por la autoridad administrativa ciertamente, en los hechos, desconocen esta garantía. A lo anterior se agrega la igualdad de derechos e igualdad ante la ley y la justicia de todas las personas que habitan nuestro país, incluidos los extranjeros, por lo cual resulta injustificadamente discriminatoria la exigencia efectuada a quienes no son nacionales chilenos que se encuentran irregularmente en nuestro país que presenten su Cédula de Identidad para contraer matrimonio, la cual el mismo Servicio se niega otorgar. Esto, sin perjuicio de cumplir las demás determinaciones que la autoridad administrativa haya dispuesto a su respecto. Conclusión que adquiere mayor fundamento si se tiene en consideración el hecho que la Contraloría General de la República dispuso que esa exigencia ya no es exigible a los extranjeros que se encuentran irregularmente en nuestro país, para inscribir el nacimiento de sus hijos. Las normas constitucionales y la convención internacional disponen que toda persona que habita el Estado de Chile es titular del derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, en lo cual la autoridad tiene el deber de ampararla, por lo mismo, no puede ser turbado en el ejercicio de ese derecho. Por su parte la norma legal, indirectamente y por vía interpretativa la autoridad administrativa, impide el ejercicio del derecho a contraer matrimonio al ciudadano extranjero por quien se recurre, por carecer de residencia legal en Chile. *Por tales razonamientos es posible concluir que la norma legal del artículo 76 del Decreto Ley 1.094 de 1975 se encuentra derogada por las diferentes disposiciones constitucionales posteriores, en cuanto con su aplicación al caso se pretende desconocer el derecho a contraer matrimonio de un extranjero que habita en Chile.*”

En menos de 36 días (6/10/2016) la CS en **Sent 44965-2016**, falló en sentido opuesto, validando la actuación del Registro Civil al negar hora para celebrar un matrimonio, uno de cuyos futuros contrayentes no tenía residencia regular en Chile, al haber ingresado por paso no habilitado. La CS señaló:

“Tercero: Que el artículo 76 del Decreto Ley N° 1094 de 1975 dispone que "los servicios y organismos del Estado o Municipales deberán exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de la competencia de esos servicios, que previamente comprueben su residencia legal en el país y que están autorizados o habilitados para realizar el correspondiente acto o contrato", disposición que, entre otras, fundamenta la actuación del Servicio recurrido. Cuarto: Que atendida la situación migratoria del Sr. Mosquera y lo preceptuado por el artículo 5° del Decreto Supremo N° 597,

Reglamento de Extranjería que establece: "Los extranjeros estarán obligados a presentar a las autoridades correspondientes, cuando lo requieran, sus documentos de identidad o de extranjería para acreditar su condición de residencia en Chile", la actuación del Servicio de Registro Civil e Identificación no es ilegal ni arbitraria al conformarse a la normativa vigente sobre la materia. Quinto: [...] Que en estos autos los recurrentes no han planteado ante el Tribunal la inaplicabilidad del artículo 76 del D.L. N° 1.094, cuestión que tampoco integró el análisis de la Corte de Apelaciones ni de esta Corte. Sexto: Que se invoca como garantía constitucional vulnerada la contenida en el N° 2 del artículo 19 de la Carta Fundamental, aduciendo los recurrentes que han sido víctimas de una discriminación arbitraria, que los pone en una situación de desigualdad frente al resto de las personas que por tener una situación migratoria distinta pueden contraer matrimonio. Que la circunstancia invocada para configurar la arbitrariedad no es tal. En efecto, por mandato legal el Servicio se encuentra obligado a denegar la solicitud de celebrar el contrato de matrimonio en relación con solicitantes que no comprueben su residencia legal y, en cambio, sí es posible acceder respecto de quienes cumplen ese presupuesto. Como los recurrentes, atendida la situación migratoria del Sr. Mosquera se encuentran en el primer caso, no puede reprocharse arbitrariedad en la conducta del Servicio de Registro Civil e Identificación. Séptimo: Que en el fundamento segundo del fallo en alzada se hace constar que la negativa del organismo público no obedeció propiamente a la falta de cédula de identidad sino a la condición de residente irregular de uno de los pretendidos contrayentes, ya que el ciudadano extranjero ingreso al país en forma ilegal, específicamente por un paso no habilitado y, por lo mismo, no tiene una residencia legal. La sola falta de cédula de identidad no ha sido considerada por esta Corte como impedimento a los extranjeros residentes en condiciones normales para contraer matrimonio en Chile, como lo demuestra lo obrado y resuelto en los autos Rol N° 19.634 2016, de este tribunal."<sup>20</sup>

Como se puede observar, tras una sentencia promisorio en relación con lo que estimamos una correcta interpretación de la vigencia del art. 76 del DL 1.094, la CS dio otra respuesta jurisdiccional, mediando una distinta composición de la sala, que clausura por el momento la posibilidad que migrantes irregulares (que no comprueban su residencia legal, de acuerdo a la norma comentada) puedan contraer matrimonio, aunque cuenten con su pasaporte.

---

<sup>20</sup> En la *Sent 44965-2016* existe un voto disidente de los Ministros Aránguiz y Valderrama, que repite literalmente los fundamentos de la *Sent CS 35236-2016*.