



SERIE INFORME **JUSTICIA**

¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria?

Juan Francisco Cruz S.

SERIE
INFORME
JUSTICIA
ISSN 0718-4220

Agosto 2018

018

JUAN FRANCISCO CRUZ S.

es abogado y egresado de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Se integró al Observatorio Judicial en junio de 2017.

CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO **05**

1. INTRODUCCIÓN 06

2. NORMATIVA MIGRATORIA 07

**3. JURISPRUDENCIA MIGRATORIA:
EL INMIGRANTE COMO SUJETO DE
AMPARO 09**

4. CONCLUSIÓN 13

- 2.1 Decreto Ley 1094 y Decreto Supremo 597 de 1984 07
- 2.2 Autoridades competentes en materia migratoria 07
- 2.3 Tipos de visa y el principio de visa móvil o flexible 07
- 2.4 Infracciones a la Ley de Migración y sanciones .. 08

- 3.1 Inmigrante como sujeto de especial protección 09
- 3.2 Estadísticas de sentencias de recursos de amparo fallados por la Corte Suprema 09
- 3.3 El germen de arraigo 10
- 3.4 Exigencia de una investigación penal 11

Resumen Ejecutivo

La Corte Suprema ha jugado un rol relevante en la gestión de la política migratoria del país. En efecto, la sala penal de la Corte ha asentado los criterios interpretativos de la normativa migratoria especialmente en materia de expulsión. Resulta fundamental entender y analizar la jurisprudencia del Máximo Tribunal en asuntos de migración. La razón radica en que la forma como los jueces aplican la normativa migratoria establece distintos incentivos a los inmigrantes, lo cual genera verdaderas políticas migratorias.

La presente Serie Informe es un análisis realizado por Observatorio Judicial (www.observatoriodjudicial.org).

1. INTRODUCCIÓN

La inmigración es un fenómeno creciente en nuestro país. Desde la década del noventa, la población migrante en Chile se ha cuadruplicado, pasando de 105.000 a 411.000 extranjeros¹. Entre los años 2005 a 2016 se concedieron un total de 324.932 permencias definitivas², es decir, unos 145 permisos diarios. Lo anterior muestra la magnitud del fenómeno migratorio, el cual ofrece una infinidad de beneficios para nuestra sociedad, pero también implica desafíos.

En este contexto, la Corte Suprema ha jugado un rol relevante en la gestión de la política migratoria del país. En efecto, la sala penal de la Corte ha asentado los criterios interpretativos de la normativa migratoria; especialmente en materia de expulsión. Resulta fundamental entender y analizar la jurisprudencia del Máximo Tribunal en asuntos de migración. La razón radica en que la forma como los jueces aplican la normativa migratoria establece distintos incentivos a los inmigrantes, lo cual genera verdaderas políticas migratorias.

En efecto, las estadísticas y gráficos que desarrollamos en este informe son ilustrativos. Por ejemplo, durante los años 2016 y 2017 la segunda sala de la Corte Suprema ha fallado en un 67,15% de las veces a favor del inmigrante. Otro indicador interesante es la diferencia de criterios entre las cortes de apelaciones y la Corte Suprema, ya que la primera acoge sólo el 51,8% de los recursos presentados por inmigrantes. Lo anterior es muestra de una Corte Suprema mucho más garantista.

Según veremos, la Corte Suprema ha elaborado dos criterios jurisprudenciales en torno a la expulsión de un extranjero. El primer criterio es el llamado "germen de arraigo". La segunda línea es la exigencia de una investigación pe-

nal previa al decreto de expulsión. Por ahora, adelantamos que la Corte Suprema mide la legalidad de un decreto de expulsión según la existencia de un germen de arraigo, es decir, si el inmigrante posee un núcleo familiar en Chile o un vínculo laboral estable. En caso afirmativo, el Tribunal ordenará anular el decreto de expulsión. La otra vía asumida por la Corte es exigir un proceso penal que establezca la ocurrencia de los hechos. A falta de éste el decreto de expulsión es ilegal y arbitrario.

El objetivo de la presente Serie Informe es presentar una radiografía de la jurisprudencia de la Corte Suprema que revele los criterios de ésta en materia migratoria. Para ello, en primer lugar, se expondrá la normativa que rige la materia. A continuación, se mostrarán las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema en materia migratoria; aquí haremos un recorrido estadístico para luego pasar a una exposición sustantiva de la jurisprudencia. Finalmente, ofreceremos las disidencias que ha generado parte de esta jurisprudencia migratoria entre los ministros de la segunda sala y algunas cortes de apelaciones.

Previo a la exposición es necesario hacer algunas advertencias. Primero, debido a la vastedad del fenómeno migratorio, el presente informe focaliza la muestra de análisis. Para obtener el universo se utilizaron tres criterios: únicamente se tomaron 1) recursos de amparo interpuestos por extranjeros contra decretos de expulsión, 2) el fundamento de la expulsión es el ingreso clandestino del inmigrante y 3) que dichos recursos fueran resueltos por la Corte Suprema³. Aplicados los filtros se obtuvo una muestra de 137 recursos de amparo, que abarcan los años 2016 y 2017⁴. La segunda advertencia es que en el apartado normativo nos centraremos en los elementos jurídicos que permitan comprender la jurisprudencia de la segunda sala.

¹ Informe BIMID. La Migración en Chile: Breve Reporte y Caracterización. Pág. 5

² Departamento de Extranjería. Reporte Migratorio año 2016. Pág. 5.

³ En este sentido, se excluyeron de la muestra los recursos de amparo interpuestos por extranjeros contra resoluciones del Departamento de Extranjería. Para mayor información consultar, entre otros, los siguientes roles de la Corte Suprema: 38115 - 2017, 37397 - 2017, 37230 - 2017, 35627 - 2017, 35597 - 2017, 35275 - 2017, 29891 - 2017, 19094 - 2017, 18192 - 2017 y 16754 - 2017.

⁴ Para obtener las sentencias se ingreso la palabra "Intendencia" en el buscador de causas de la Corte Suprema.

2. NORMATIVA MIGRATORIA

2.1 Decreto Ley 1094 y Decreto Supremo 597 de 1984

El derecho vigente en materia de migración está conformado por dos cuerpos normativos. Por un lado, encontramos el Decreto Ley N° 1094 de 1975 ("Ley de Migración"), el cual establece los principios y normas que regulan el ingreso y permanencia de extranjeros en Chile⁵. Por otra parte, el Decreto Supremo N° 597 de 1984 ("Reglamento de Inmigración") regula los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley de Inmigración⁶.

En síntesis, dichas leyes regulan:

- 1) las autoridades competentes en materia de migración,
- 2) los tipos de visa que un extranjero puede solicitar para residir en el país,
- 3) los requisitos y procedimientos para obtener las distintas especies de visa, y
- 4) las infracciones y sus respectivas sanciones. Para efectos de la presente exposición sólo revisaremos algunos aspectos de los puntos 1, 2 y 4⁷.

2.2 Autoridades competentes en materia migratoria

Los principales actores que gestionan la política migratoria del país son tres: el Departamento de Extranjería y Migración ("DEM"), el Intendente Regional y la Policía de Investigaciones ("PDI").

El DEM depende del Ministerio del Interior⁸ y su función es gestionar el otorgamiento y prórroga de visas, además de conceder el permiso de residencia definitiva. Este organismo ejerce sus potestades discrecionalmente (artículo 13°),

pudiendo, por ejemplo, entregar la visa de residencia temporaria a quienes estime como útiles para el país (artículo 29°).

El Intendente Regional es el órgano encargado de resguardar la normativa migratoria en las distintas regiones del país. Por ejemplo, ante una infracción a la Ley de Migración, éste puede disponer la expulsión del extranjero.

Por último, la PDI controla el ingreso y salida de los extranjeros, además del cumplimiento de las obligaciones que la normativa migratoria impone, por ejemplo, ingresar al país por pasos habilitados.

2.3 Tipos de visa y el principio de visa móvil o flexible

El artículo 4° de la Ley de Migración establece que los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de 1) residentes oficiales, 2) residentes, 3) turistas e 4) inmigrantes. A cada una de estas categorías le corresponde un tipo de visa específico⁹. Brevemente describimos cada una:

- a. La visa para residentes oficiales es aquella que se otorga a los miembros de cuerpos diplomáticos, consulares u organismos internacionales que vienen a cumplir una misión al país.
- b. La visa de residente posee varias categorías: "residente sujeto a contrato", "residente estudiante", "residente temporario" y "residente con asilo político". El denomi-

⁵ Artículo 1° Ley de Migración: "El ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros se regirán por el presente decreto ley".

⁶ Artículo 2° Reglamento de Migración: "Todos los extranjeros que ingresen al territorio nacional deberán cumplir los requisitos que señala este Reglamento y para permanecer en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones".

⁷ Un desarrollo acabo de la normativa migratoria excede los límites de este estudio.

⁸ Artículo 6° Ley de Inmigración: "El otorgamiento y prórroga de las autorizaciones de turismo y de las visaciones a los extranjeros en Chile será resuelto por el Ministerio del Interior...".

⁹ Artículo 5° Ley de Migración: "Para los efectos de este decreto ley, **visación es el permiso otorgado por la autoridad competente, estampado en un pasaporte válido y que autoriza a su portador para entrar al país y permanecer en él por el tiempo que determine**" (énfasis agregado).

nador común de estas visas es que el extranjero ingresa al país con ánimo de residir por un tiempo, ya sea para trabajar, estudiar, razones familiares o búsqueda de protección política.

- c. La visa de turista, se otorga por un máximo de 90 días a quienes ingresen al país con fines recreativos y sin ánimo de permanecer en el territorio nacional.
- d. La visa de inmigrante se encuentra regulada en el decreto con fuerza de ley N° 69 de 1953. Este cuerpo normativo define al inmigrante como: *“el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse y trabajar...”*. Es importante destacar que esta visa se encuentra en desuso, ya que los inmigrantes solicitan la visa de turista, o bien, la visa de residente para ingresar a Chile.

Ahora bien, las distintas clases de visa adquieren importancia por el principio de “visa móvil o flexible”. El artículo 9° de la Ley de Migración consagra: *“El plazo de vigencia del permiso de turismo y de la visación para los residentes (...) podrá prorrogarse o cambiarse estas calidades de ingreso o residencia por otras en la forma y condiciones que determine este decreto ley”*. Este principio es con seguridad uno de los más importantes de nuestra legislación migratoria, porque determina las distintas formas que los inmigrantes utilizan para obtener residencia en nuestro país.

Por ejemplo, el artículo 49° de la Ley de Inmigración concede al turista, que acredite ser un profesional o técnico que ejercerá efectivamente en Chile, la opción de cambiar su visa de turista a visa de residente sujeto a contrato. Luego, ese mismo extranjero con visa de residente al cabo de dos años podrá solicitar el permiso de residencia definitiva.

El principio de “visa móvil o flexible” supone un beneficio para el inmigrante, porque confiere gran flexibilidad y variadas oportunidades para que éste mejore su situación migratoria en el país.

2.4 Infracciones a la Ley de Migración y sanciones

Como contrapartida al principio de la visa móvil o flexible, la ley establece obligaciones y prohibiciones para el inmigrante. En caso de no cumplir, el extranjero puede ser sancionado de manera penal o administrativa, según la intensidad de la infracción. Un ejemplo de sanción penal es que al extranjero que ingresa al país utilizando documentos falsos o adulterados puede ser castigado con presidio. Un caso de sanción administrativa es que al extranjero que es sorprendido ejerciendo actividades económicas sin autorización, se le multa.

Un aspecto relevante en sanción penal es que el artículo 78 de la Ley de Migración establece al Ministerio del Interior como el titular exclusivo de la acción penal por los delitos tipificados en la normativa migratoria. En otras palabras, sólo el Ministerio puede iniciar un juicio penal, ya sea denunciando o querellándose contra el inmigrante. Este artículo, según veremos más adelante, tiene especial importancia en la jurisprudencia de la Corte.

En cuanto a las sanciones administrativas, la de mayor intensidad es la expulsión del inmigrante del país. La ley no establece un catálogo de los casos en que procede el decreto de expulsión, **siendo una sanción discrecional de la administración cuando se incurre en incumplimientos graves y reiterados de la normativa migratoria. Sin embargo, hay una excepción donde la Ley de Migración y su reglamento establecen expresamente la sanción de expulsión: cuando el inmigrante ingresa clandestinamente al país.**

Así lo dispone el artículo 69 de la Ley de Migración, el cual sanciona el ingreso clandestino con la pena de presidio menor, y agrega en su inciso final: *“Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentes señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”*. Igual sanción establece el artículo 146 del Reglamento de Migración, el cual expresamente señala: *“Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional”*. En consecuencia, si un extranjero ingresa clandestinamente al país la administración debe expulsarlo del país una vez cumpla la condena, o bien, sea puesto en libertad.

En síntesis y para efectos de esta investigación, **la actual Ley de Migración se condensa en dos fuerzas. Por una parte, una administración dotada de amplias facultades discrecionales para gestionar la política migratoria del país, ya que puede conceder, rechazar o revocar las solicitudes de visa o prórroga de las mismas e incluso puede ordenar la expulsión del extranjero cuando estime que hay graves incumplimientos. Ahora bien, como moneda de cambio, la ley concede al inmigrante un margen de acción amplio para alcanzar la permanencia definitiva en el país, a través de la “visa móvil”.**

3. JURISPRUDENCIA MIGRATORIA: EL INMIGRANTE COMO SUJETO DE AMPARO

Expuestas las disposiciones normativas más relevantes para el caso, veamos la jurisprudencia migratoria que la sala penal ha construido. En este apartado hablaremos primero de la concepción que tiene la Corte Suprema del inmigrante como sujeto de especial protección; segundo, mostraremos las cifras y estadísticas en torno al fallo de los recursos de amparo sobre expulsión de inmigrantes por ingreso clandestino y cómo dichos números son un reflejo de la concepción del inmigrante como sujeto de cuidado especial; y tercero, diremos cuáles son los criterios jurisprudenciales que utiliza la Corte para resolver las acciones de amparo de inmigrantes clandestinos.

3.1 Inmigrante como sujeto de especial protección

El año 2014, el ministro Lamberto Cisternas promovió el *Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial* ("el "Protocolo")¹⁰. Este documento reconoce al inmigrante como sujeto de tutela especial. A grandes rasgos, el Protocolo propone 16 principios y buenas prácticas que los jueces deben aplicar en materia de migración. Los principios más importantes son el interés superior del niño, la unidad familiar y la no devolución de quienes soliciten asilo.

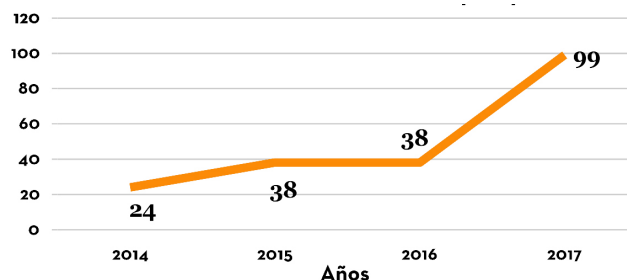
En muchas ocasiones, la migración tiene su causa en la pobreza o inestabilidad política. Por lo tanto, **la Corte Suprema entiende que el inmigrante, como potencial sujeto de abusos, requiere un cuidado especial. Este presupuesto es la base que sustenta la jurisprudencia migratoria de la segunda sala y permite entender por qué -según veremos- la Corte pone tanta atención en las condiciones del inmigrante.**

Ahora bien, antes de analizar los criterios jurisprudenciales es útil adentrarse en las estadísticas en torno al fallo de recursos de amparo interpuestos por extranjeros contra decretos de expulsión. Una vez más, las cifras reflejan la concepción que la Corte posee del inmigrante como sujeto de especial protección.

3.2 Estadísticas de sentencias de recursos de amparo fallados por la Corte Suprema

Entremos a revisar los números en torno al fallo de recursos de amparo de inmigrantes, sobre los cuales existe una orden de expulsión por ingresar clandestinamente al país. El primer dato relevante es el aumento en el número de recursos de amparo interpuestos contra decretos de expulsión. Acorde a los registros del Poder Judicial el año 2014 el Máximo Tribunal falló 24 recursos, mientras que el año 2017 la segunda sala resolvió 99 amparos. Es decir, el cuádruple.

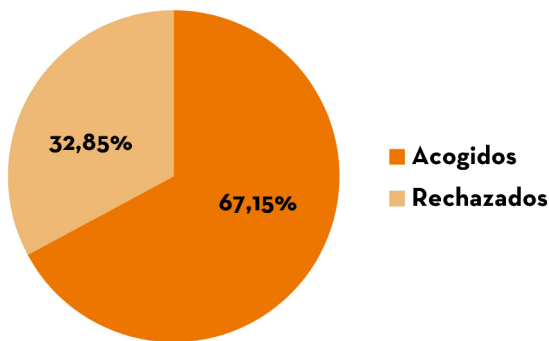
Gráfico 1
**EVOLUCIÓN VISTA R.A.
2014-2017**



¹⁰ http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/transmision-en-directo-de-la-presentacion-del-protocolo-iberoamericano-de-actuacion-judicial-para-mejorar-el-acceso-a-la-justicia

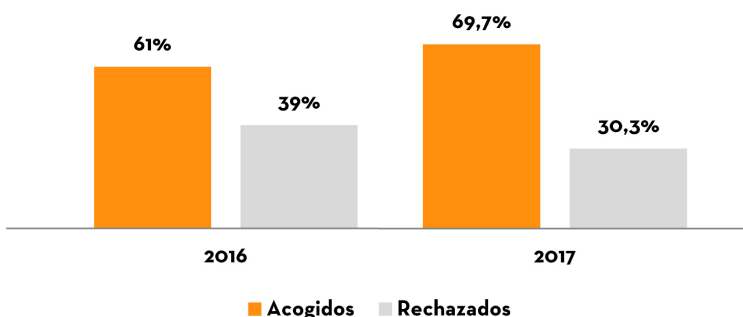
Ahora bien, si atendemos a los resultados, durante el período 2016-2017, de un total de 137 casos, en 92 oportunidades los ministros declararon ilegal el decreto de expulsión, versus 45 veces que desecharon la pretensión del extranjero. **Por tanto, en el 67,15% de las veces la Corte Suprema falló a favor del inmigrante.**

Gráfico 2
RESULTADOS RA 2016-2017



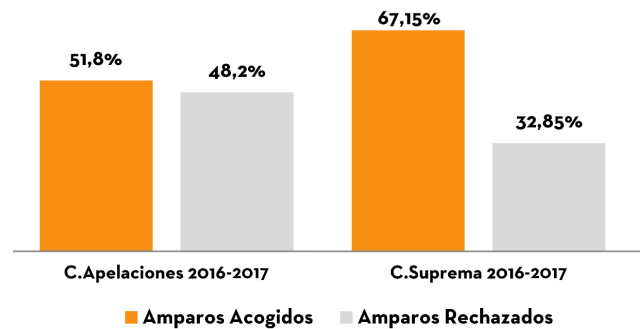
Al comparar los años 2016 y 2017 se aprecia un **alza a favor de acoger los recursos interpuestos por los inmigrantes**. Si el año 2016 el Máximo Tribunal acogió en el 62% de las veces el recurso, en 2017 el porcentaje aumentó a un 69,7%, esto es, un incremento de casi 8 puntos porcentuales. Vemos pues una tendencia creciente a favor de los inmigrantes.

Gráfico 3
RESULTADOS CS 2016-2017, POR AÑO



Otro dato resulta de comparar el número de recursos de amparo acogidos por las cortes de apelaciones, en comparación con la Corte Suprema. Durante el año 2016 y 2017 las cortes de apelaciones acogieron un total de 71 recursos de amparo; **en término porcentuales se traduce en un 51,8% de recursos acogidos**. Mientras que, la Corte Suprema en el mismo período resolvió a favor del inmigrante en el 67,15% de las ocasiones.

Gráfico 4
COMPARATIVA C.A. VS C.S.



¿Qué muestran estas cifras? **La Corte Suprema, en general, resuelve a favor del inmigrante y esta tendencia va en aumento**. Recordemos que la normativa migratoria establece que si un extranjero ingresa ilícitamente al territorio nacional, es obligación de la autoridad administrativa disponer la expulsión. **La Corte Suprema ha puesto coto a este imperativo legal mediante dos estrategias jurisprudenciales: el "germen de arraigo" y la exigencia de una investigación penal.**

3.3 El germen de arraigo

Al avocarse a la tarea de rechazar o acoger un amparo, la Corte Suprema analiza cuál es la situación familiar y laboral del inmigrante en situación irregular. En la medida que éste cuente con un núcleo familiar en Chile (hijos, cónyuge o conviviente) y/o acredite algún vínculo laboral estable, la sala penal ordena anular el decreto de expulsión.

Así, situaciones como convivir con un ciudadano chileno¹¹; estar embarazada¹²; tener hijos menores nacidos en Chile¹³; vivir con su familia¹⁴; contar con una fuente de ingresos que permita subsistir en el territorio nacional¹⁵; o tener un trabajo estable¹⁶ son condiciones, que a juicio de sala penal, hacen desaparecer el sustento fáctico y jurídico que

¹¹ Corte Suprema, 22 de mayo de 2017, Rol N° 19144 - 2017.
¹² Corte Suprema 10 de abril de 2017, Rol N° 11650 - 2017.
¹³ Corte Suprema, 7 de marzo de 2017, Rol N° 7007 - 2017.

¹⁴ Corte Suprema, 15 de septiembre de 2016, Rol N° 65406 - 2016.
¹⁵ Corte Suprema, 4 de enero de 2017, Rol N° 101756 - 2016.
¹⁶ Corte Suprema, 1 de marzo de 2016, Rol N° 16034 - 2016.

justifica el decreto de expulsión. En concepto de la Corte Suprema, el interés superior del niño y la unidad familiar son principios jurídicos que prevalecen sobre la normativa migratoria.

En consecuencia, si existe un germen de arraigo (razona la Corte), entonces el decreto de expulsión debe tener una fundamentación más allá de las normas formales. En este sentido, la segunda sala reconoce que en el caso concurren los supuestos que habilitan a la administración para expulsar al inmigrante. Sin embargo, la existencia de un germen de arraigo es una circunstancia que permite dejar sin efecto la normativa migratoria, ya que hay bienes jurídicos más importantes que serían vulnerados (por ejemplo, integridad del niño) si se llevase a efecto el decreto de expulsión.

Respecto al germen de arraigo dado por la existencia de un vínculo laboral, la Corte no invoca norma o principio jurídico que prime sobre la Ley de Migración. En estos casos la segunda sala se limita únicamente a decir que la existencia de una relación laboral es signo de un germen de arraigo, que por sí sólo permite soslayar la sanción de expulsión.

3.4 Exigencia de una investigación penal

Existen casos donde el inmigrante no cuenta con un germen de arraigo, ya sea por carecer de algún vínculo familiar o laboral en el país. Para hacer frente a estas circunstancias la Corte Suprema ha construido una jurisprudencia “novedosa”. ¿Cuál es la novedad de esta jurisprudencia? Condicionar la potestad sancionatoria de expulsión a la existencia de un juicio penal, donde se acredite el efectivo ingreso clandestino.

Antes de exponer el razonamiento de la Corte y para comprenderlo debemos aclarar, brevemente, el modo de ope-

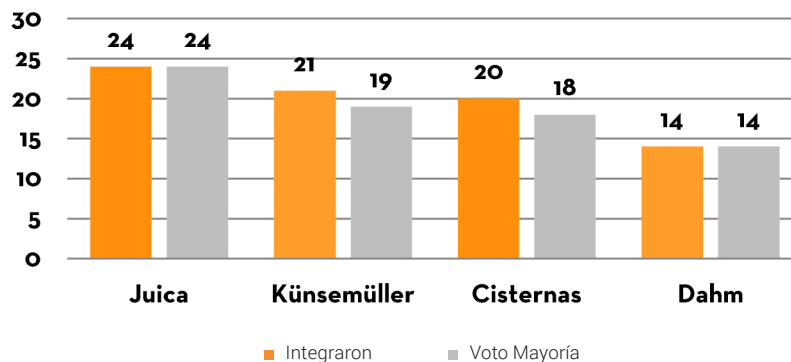
rar de la administración. Ante el ingreso clandestino de un inmigrante, el Intendente Regional realiza la respectiva denuncia para iniciar un proceso penal. Inmediatamente después, la administración se desiste de la acción. Esto apareja dos consecuencias, una es la extinción de la responsabilidad penal del inmigrante, y la otra es que habilita a la administración a dictar el decreto de expulsión.

Precisamente, la jurisprudencia elaborada por la segunda sala consiste en negar el segundo efecto del desistimiento de la acción penal, a saber, expulsar al inmigrante clandestino. La Corte sostiene que como el Ministerio del Interior (y la Intendencia Regional) es el único que puede iniciar un proceso punitivo, al desistirse de la acción penal impide se investigue la efectividad del ingreso clandestino al país. Luego, al no estar acreditado el ingreso clandestino es impropcedente expulsar al inmigrante¹⁷.

Por tanto, en ausencia de sentencia penal que establezca, más allá de toda duda razonable, el ingreso clandestino, la segunda sala entiende que todo decreto de expulsión es ilegal y arbitrario. En palabras del ministro Lamberto Cisterna: *“La ley faculta a la autoridad para desistirse y el razonamiento de la Corte Suprema es que en ese caso deja sin bases el hecho. Si la autoridad no permite que eso se investigue, queda sin bases la expulsión y por eso le damos la razón (a los inmigrantes)”*¹⁸.

Los ministros defensores de esta tesis son: Milton Juica, Carlos Künsemüller, Lamberto Cisternas y Jorge Dahm. En efecto, en 25 sentencias del año 2017, en que la segunda sala revocó la decisión de alguna corte de apelación, los ministros mencionados concurren al voto de mayoría. La cantidad de veces que concurren es la siguiente¹⁹:

Gráfico 5
VOTOS MINISTROS CORTE SUPREMA



¹⁷ Corte Suprema, 4 de septiembre de 2017, Rol N° 38057 - 2017; Corte Suprema 21 de agosto de 2017 Rol N° 37160 - 2017; Corte Suprema 21 de agosto de 2017 Rol N° 37160 - 2017; Corte Suprema, 18 de agosto de 2016, Rol N° 50026 - 2016; Corte Suprema, 17 de mayo de 2016, Rol N° 28381 - 2016; Corte Suprema, 17 de mayo de 2016, Rol N° 28381 - 2016.

¹⁸ Entrevista a ministro Lamberto Cisterna publicada por diario El Mercurio el 21 de agosto de 2017.

¹⁹ La diferencia de número de votos se debe a la variación de la composición de la sala, ya que en algunos casos fue integrada por abogado.

Así, en el caso del ministro Juica, éste estuvo presente 24 veces y en un 100% adhirió la tesis de sujetar la sanción administrativa a un juicio penal. Respecto al ministro Dahm si bien integró menos veces, en todas las oportunidades estuvo a favor de condicionar la expulsión a un procedimiento punitivo. Respecto a los ministros Künsmüller y Cisternas, solamente dos veces se adscribieron, cada uno, al voto de minoría, mientras que las restantes fallaron por condicionar la sanción.

Ahora bien, en cuanto a condicionar la sanción administrativa de expulsión a un juicio penal en que se acredite el ingreso clandestino del inmigrante, es una doctrina que no es compartida por todos los ministros de la segunda sala, y tampoco por algunas cortes de apelaciones, principalmente la Corte de Apelaciones de Arica.

En efecto, el magistrado Valderrama, a través del voto disidente, ha expresado su oposición en al menos 18 ocasiones. Valderrama razona que al dictarse la expulsión de un inmigrante clandestino la administración ha obrado dentro del límite de sus atribuciones, con estricto apego a las normas del Decreto Ley N° 1094, además el hecho de desistirse de la acción penal no afecta a las facultades administrativas²⁰. En efecto, el artículo 146 del Reglamento de Migración establece que el Ministerio del Interior deberá expulsar al inmigrante que ingrese clandestinamente al país una vez cumpla la condena, o bien, sea puesto en libertad.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Arica, quien en agosto y septiembre pasado falló que el desistimiento de la acción penal por parte del Intendente Regional, no impide ejercer posteriormente las atribuciones administrativas de expulsión²¹. A juicio de la Corte de Arica, el único efecto procesal de aquello es extinguir la acción penal, nada más²². Cabe destacar que esta Corte conoce un 59% de los recursos de amparo de extranjeros a nivel nacional, por tanto posee un peso especial en cuanto jurisprudencia migratoria.

Por último, la propia ley establece una diferencia al prescribir que cumplida la pena o puesto el extranjero en libertad se deberá expulsar del país al inmigrante. El artículo 78 de la Ley de Migración refuerza dicha diferencia, porque dice que el desistimiento de la denuncia o querrela extingue únicamente la acción penal. También, el artículo 72 faculta a la administración a decretar la expulsión ante incumplimientos graves a la Ley de Migración. Precisamente, la internación clandestina es una infracción grave. Además,

el artículo 91, N°6 de la Ley de Migración entrega a la administración la potestad de aplicar de forma autónoma las sanciones migratorias.

La segunda sala en su intención de otorgar una especial protección al inmigrante ha construido una jurisprudencia, que a juicio de algunos magistrados y cortes de apelaciones es contraria al texto y espíritu de la normativa migratoria. Incluso, existen casos en que el propio inmigrante denunció su ingreso clandestino al país ante las autoridades policiales, y a pesar de ello, la Corte igual exigió la tramitación de un juicio penal.

²⁰ Voto en contra ministro Valderrama, Rol N°41.469-2017. En el mismo sentido: 41.409-2017, 40.877-2017, 40.865-2017, 40.857, 40.856-2017, 40.811-2017, 39.993-2017, 39.990-2017, 39.740-2017, 39.373-2017.

²¹ Corte de Apelaciones de Arica, 1 de septiembre de 2017, Rol N° 245-2017.

²² Corte de Apelaciones de Arica, 7 de agosto de 2017, rol N° 227-2017.

4. CONCLUSIÓN

A lo largo de este estudio hemos comprobado la existencia de una legislación de extranjería que otorga gran discrecionalidad a la administración para gestionar la política migratoria del país. Consciente de ello, y por las condiciones del extranjero que busca mejores oportunidades de vida, la Corte Suprema ha desarrollado una jurisprudencia que entiende al inmigrante como sujeto especial de protección.

Sin embargo, el celo de la Corte llevó a exigir requisitos no contemplados en la ley para expulsar a un inmigrante en situación irregular. Lo que según vimos ha causado división dentro de los tribunales de justicia. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Arica ha fallado: ***“Que, amén de lo señalado precedentemente la amparada tampoco ha acreditado la existencia de arraigo, ya sea en razón de vínculos personales y familiares que justifiquen soslayar a su respecto las normas legales y reglamentarias que regulan esta temática”***²³.

Según se aprecia en el considerando citado, la Corte de Apelaciones de Arica reconoce la legislación migratoria vigente, pero, al mismo tiempo, es consciente que el inmigrante requiere una protección especial. ¿Cómo lograr un equilibrio? Si el inmigrante acredita un arraigo familiar se dan las condiciones para “soslayar” las obligaciones que impone la Ley de Migración.

²³ Corte de Apelaciones de Arica, 1 de septiembre de 2017, Rol N° 245-2017.

