

MIGRACIÓN, EXPULSIÓN Y TRIBUNALES DE JUSTICIA

- La institucionalidad migratoria ha debido procesar un ingreso exponencial y sin precedentes de migrantes bajo una normativa insuficiente que data de 1975 y 1984. Lo anterior ha generado problemas y vacíos que han terminado en los tribunales de justicia.
- A grandes rasgos, los tribunales han desarrollado dos líneas jurisprudenciales: la primera es revisar si la orden de expulsión cumple con los requisitos legales. La segunda atiende a las circunstancias particulares del migrante, por ejemplo, si tiene familia en el país, para dejar sin efecto la orden de expulsión.
- Esta segunda línea es problemática, porque puede generar incentivos a la migración irregular, así como trasladar la política migratoria a la sede judicial.

Qué duda cabe que la migración se transformó en un tema institucional y de política pública de primer orden. En efecto, el exponencial aumento del flujo migratorio en los últimos años movilizó a los órganos políticos, lo cual implicó la dictación de una nueva Ley de Migración y Extranjería¹ que reemplazó a la antigua normativa migratoria de 1975.

Si bien el Ejecutivo y el Congreso ocupan un rol central, también los tribunales de justicia se han visto involucrados en el fenómeno migratorio. Desde el año 2017, tanto las cortes de apelaciones (“CA”), como la Corte Suprema (“CS”) han resuelto numerosos recursos de amparo interpuestos por inmigrantes, quienes reclaman que las órdenes de expulsión son ilegales.

Ahora bien, los fallos de los tribunales han cobrado relevancia ante la opinión pública, especialmente en el marco de las denominadas expulsiones colectivas y su cuestionamiento por agrupaciones civiles. Es bajo este contexto que resulta pertinente analizar algunos puntos centrales de la jurisprudencia migratoria sobre expulsión que han desarrollado los tribunales de justicia.

¹ Es la Ley N°21.325, publicada el 20 de abril de 2021. Sin embargo, aún no entra en vigencia dado que falta la promulgación de su reglamento. Por tanto, a la fecha sigue vigente la antigua normativa migratoria.

Para lograr lo anterior expondremos primero algunos antecedentes estadísticos y legales para comprender la arista judicial de la migración. Segundo, daremos cuenta -utilizando como referencia los fallos más recientes- de algunos elementos relevantes de la jurisprudencia migratoria del país. Por último, reflexionaremos críticamente sobre dicha jurisprudencia.

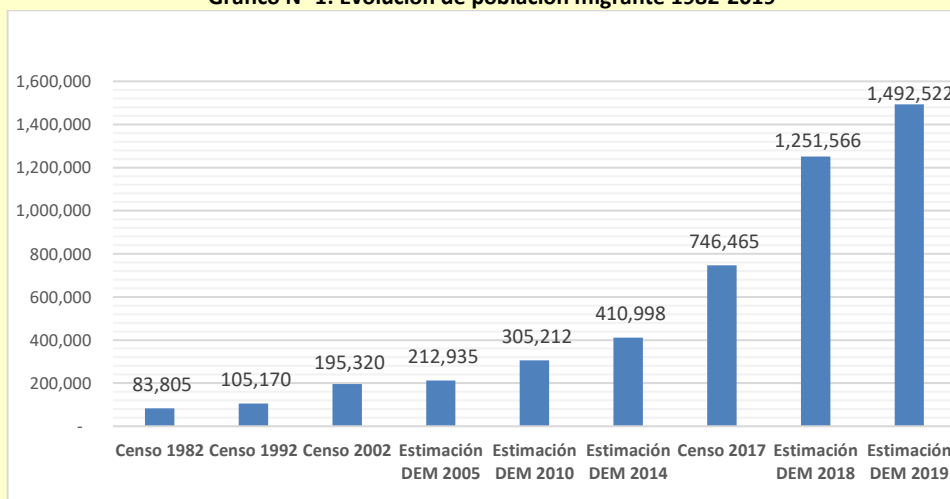
ANTECEDENTES FÁCTICOS Y NORMATIVOS

Para comprender la arista judicial de la migración es necesario tener presente dos hechos: primero, el aumento exponencial del ingreso de migrantes y segundo, una legislación migratoria obsoleta para los desafíos que implica la migración del S.XXI.

Partamos por un hecho que es bastante conocido: el explosivo aumento de población migrante en un breve período de tiempo. Si bien el fenómeno es un lugar común, al mirar las estadísticas² se percibe su real magnitud: en sólo tres años la población extranjera aumentó en 745.000 personas. Ninguna institución está preparada para procesar y gestionar de forma óptima un cambio así de radical³.

EXPLOSIVO AUMENTO DE POBLACIÓN MIGRANTE EN UN BREVE PERÍODO DE TIEMPO

Gráfico N° 1: Evolución de población migrante 1982-2019



Fuente: SJM en base a estadísticas del Censo y Departamento de Extranjería.

² Gráfico elaborado por el SJM, en base a estadísticas del Censo y Departamento de Extranjería. Disponible en: <https://www.migracionenchile.cl/poblacion/>

³ Por ejemplo, el actual Departamento de Extranjería cuya función es gestionar el otorgamiento y prórroga de visas EM el año 2010 otorgó 70.349 visas, para el 2018 (año *peak*) otorgó 438.588. Cifras obtenidas en: <https://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>

El segundo antecedente relevante es el marco normativo vigente en que sucedió y sucede el fenómeno migratorio, a saber, el Decreto Ley N°1.094 de 1975 y su Reglamento N°597 de 1984. Como se señaló, esta antigua norma fue insuficiente, porque no establece una política migratoria integral, sino más bien se circunscribe a regular los requisitos de ingreso y permanencia en el país⁴ desde una óptica de los años setenta. Así, en los hechos, el Decreto Ley N°1.094 y su Reglamento se mostró superado para abordar, por ejemplo, fenómenos como la migración venezolana provocada por la crisis humanitaria y política de Venezuela.

La razón de exponer estos dos antecedentes es comprender, en parte, por qué el fenómeno migratorio ha cobrado fuerza en los tribunales de justicia. En efecto, cuando un órgano público ve sobrepasadas sus posibilidades, tanto de recursos, como en herramientas legales, comienzan a surgir vacíos y déficits que terminan siendo resueltos en sede judicial.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

La jurisprudencia migratoria se ha ido conformando principalmente gracias a los fallos de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, que han resuelto recursos de amparo⁵ interpuestos por extranjeros, quienes alegan la ilegalidad y arbitrariedad de los decretos de expulsión.

Los fallos que acogen los recursos de amparo y, en consecuencia, dejan sin efecto la expulsión, tienen una estructura similar: no niegan la facultad del Estado para expulsar a los extranjeros que incumplen las normas migratorias, sino que dejan sin efecto la decisión de la Administración, porque la expulsión no se ajustó a las exigencias legales para que ésta sea válida, o bien, los jueces, atendiendo las circunstancias del migrante -específicamente si tienen familia o trabajo en el país- consideran que no se puede decretar una expulsión únicamente fundada en normas legales. A continuación, veamos en mayor detalle estos dos puntos:

A) Expulsiones declaradas ilegales por incumplimiento de requisitos legales: estos casos no representan mayor dificultad, ya que los tribunales cumplen una de sus funciones principales, velar porque los órganos públicos ejerzan sus atribuciones cumpliendo con los requisitos que exige la ley. Por tanto, una orden de expulsión sólo será válida en la medida que satisfaga los requisitos de

⁴ *El sueño chileno” Un análisis a la nueva ley de inmigración.* Ideapais. Obtenido en: <https://ideapais.cl/2018/05/23/el-sueno-chileno-un-analisis-a-la-nueva-ley-de-inmigracion/>

⁵ El recurso de amparo es una acción constitucional que se interpone ante la corte de apelaciones cuando una persona, por un hecho ilegal, ve amenazada o afectada su seguridad individual o libertad personal.

la actual normativa migratoria, así como las garantías de un debido proceso⁶. A continuación, citamos el pasaje de una sentencia que expresa esta línea jurisprudencial:

“Que, así las cosas, para resolverse el presente recurso de amparo debe primeramente determinarse si concurren en la especie efectivamente los requisitos legales para decretar la expulsión de la recurrente, quien de acuerdo a sus propios dichos ingresó por un paso habilitado (...) no ha resultado acreditado en estos autos el hecho que un tribunal penal de esta u otra jurisdicción haya efectivamente decretado el sobreseimiento definitivo sobre estos hechos como lo exige el artículo 158”⁷.

Sin entrar en los pormenores legislativos, en el caso citado se aprecia cómo el tribunal decretó ilegal la orden de expulsión, porque no se cumplió con uno de los requisitos legales del artículo 158 del Reglamento de Extranjería.

B) Expulsiones declaradas ilegales por arraigo familiar o laboral: en la segunda línea jurisprudencial la autoridad ha cumplido con los requisitos legales para decretar la expulsión, sin embargo, los tribunales reprochan la falta de una real fundamentación y proporcionalidad. En efecto, cuando el migrante posee trabajo, familia o existen razones humanitarias -i.e. migrantes venezolanos- los tribunales consideran que dichas circunstancias priman sobre la normativa, por tanto, la expulsión es dejada sin efecto. A continuación, citamos un extracto de una sentencia de la Corte Suprema que refleja muy bien esta línea jurisprudencial:

“Que en ese orden de ideas, en el presente caso la decisión ministerial revisada, sin perjuicio de lo expuesto en el motivo 3º) ut supra, no satisface tampoco las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria, al desatender completamente las circunstancias personales y familiares del amparado”⁸.

⁶ A modo de ejemplo citamos el siguiente voto en contra que resume cuáles son las garantías que la Administración debe respetar en un procedimiento de expulsión: *“Que, finalmente cumpliéndose con los mínimos estándares de contradicción, aportes de antecedentes probatorios idóneos, con conocimiento suficiente y la debida ponderación de todas las circunstancias fácticas, la autoridad administrativa recién, a juicio de este disidente, está en condiciones de ejercer las facultades legales y reglamentarias que le confieren administrativamente la normativa sobre la materia”* (Voto en contra, CA de Concepción, rol n°80-2021, 1 abril de 2021).

⁷ CA Temuco, rol n°277-2021, 7 julio de 2021.

⁸ CS rol n°45.368-2021, 17 agosto de 2021.

Ahora bien, esta jurisprudencia es controvertida dentro de los propios tribunales⁹. En efecto, las cortes de apelaciones no siempre atienden a las circunstancias de los migrantes y, en consecuencia, fallan a favor de la expulsión¹⁰. De igual manera, en la Corte Suprema los fallos en esta materia son divididos. En efecto, muchos jueces entienden que su competencia se limita a supervisar que la expulsión cumpla con las exigencias legales -salvo casos excepcionales por razones humanitarias justificadas-, de lo contrario el tribunal reemplaza a la Administración en su rol de gestionar la política migratoria, lo cual -como veremos a continuación- genera problemas y distorsiones en la necesaria división de poderes.

REFLEXIÓN FINAL: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE EXPULSIÓN

Como hemos señalado, una causa de la arista judicial de la migración es, por un lado, un fenómeno sin precedentes y, por otra parte, una institucionalidad obsoleta para procesar el aumento exponencial de los flujos migratorios. Probablemente ello explica, en parte, procedimientos de expulsión deficitarios o la dificultad para atender situaciones de migrantes complejas, como quienes tienen hijos en el país o huyen de regímenes totalitarios.

Es en ese orden de ideas que nace la segunda línea jurisprudencial que hemos destacado -atender a las circunstancias concretas del migrante para revertir la expulsión-. Sin embargo, ésta resulta compleja y presenta varios problemas, por eso resulta controvertida dentro del propio Poder Judicial. En efecto, dicha jurisprudencia puede estar generando incentivos inadecuados para la inmigración irregular, como la obtención de contratos de trabajos falsos para que al momento de la expulsión el migrante presente en tribunales dicho antecedente de modo de revertir la orden en su contra.

Tampoco existe un desarrollo claro por parte de los jueces sobre cuál es el nivel adecuado de fundamentación que debe aplicar la Administración para expulsar un inmigrante que posee familia o trabajo. Esto impide a la autoridad saber qué

⁹ “Que como cuestión previa se debe dejar establecido que el asunto sometido a la decisión de este tribunal por la vía de amparo, no es una materia pacífica en su resolución, tanto por sentencias de las diversas Cortes de Apelaciones, como por la Excm. Corte Suprema” (CA Concepción 80-2021, 1 abril de 2021).

¹⁰ “La autoridad administrativa se ha limitado a aplicar la normativa vigente en esta materia, sobre todo si la causa obedece a que el foráneo ha perpetrado uno de los ilícitos de mayor gravedad de nuestro ordenamiento jurídico, conociendo de antemano sus consecuencias. De lo anterior se deriva que la sanción aplicable -porque la ley nacional así lo establece- es que debe ser expulsado del territorio nacional...” (CA Santiago, rol n°2.131-2021, 8 junio de 2021).

razones -además de las legales- tendría que esgrimir para que la expulsión se considere proporcional por los tribunales. Esto es problemático, porque deja a ciegas a la Administración y su consecuencia es trasladar una competencia propia de un órgano político a los tribunales, quienes quedan con la última palabra.

Ahora bien, muchas de estas situaciones se generan, porque, como vimos, actualmente la Administración debe gestionar una migración sin precedentes desde una institucionalidad anacrónica. En ese sentido, la nueva normativa migratoria solucionará varios problemas. En efecto, ésta trata de forma pormenorizada las causales de expulsión, su procedimiento y consagra un recurso judicial especial contra la misma¹¹, despejando ambigüedades y vacíos de la actual ley. Desde esta perspectiva, surge la pregunta de cómo los tribunales se posicionarán ante la nueva institucionalidad migratoria: si velando por el cumplimiento de la legalidad, o bien, como un foro que gestionará por medio de sus sentencias la política de expulsión.

¹¹ Ver artículos 127, 128, 129, 132 y 141 de la Ley N°21.325.