

C.A. de Copiapó.

Copiapó, veinte de noviembre de dos mil veinte.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1º) Con fecha 13 de noviembre de 2020 comparece el abogado s. José Luis Zúñiga Campos el que interpone acción constitucional de amparo en favor de la s. Mairelys Castillo Alpizar, de nacionalidad cubana, pasaporte cubano N°J709052, domiciliada en pasaje Vallenar N°1187, población Rosario, comuna de Copiapó, la que dirige en contra de la Intendencia de la región de Atacama, representada por el s. Patricio Urquieta García, por cuanto dicha autoridad mediante resolución exenta N°126, de 9 de febrero de 2018, decretó la orden de expulsión en contra de la amparada sin que exista fundamento razonable y afectando de esta forma el derecho fundamental a la libertad ambulatoria previsto en el artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, de acuerdo a los antecedentes que en síntesis se exponen a continuación.

Expone que el 1 de enero de 2018 la s. Castillo Alpizar ingresó al territorio nacional por un lugar no habilitado a la altura de Colchane, para dirigirse posteriormente a la ciudad de Iquique y, un par de días después, tomar rumbo hacia la ciudad de Copiapó para vivir junto con su primo.

Agrega que el 9 de enero de 2018 la señalada concurrió ante la Policía de Investigaciones de Chile para informar su ingreso al país por medio de una autodenuncia, proceder que manifestaba la intención de regularizar su situación migratoria.

Menciona que la Intendencia de Atacama en febrero de 2018 presentó en la Fiscalía Local de Copiapó una denuncia en contra de la amparada por una supuesta infracción al artículo 69 del Decreto Ley N°1094 del año 1975, denuncia que posteriormente fue desistida de conformidad con la facultad prevista por el artículo 78 del mismo cuerpo legal. No obstante, añade, con fecha 9 de febrero de 2019 la Intendencia decretó su expulsión del país mediante resolución exenta N°126, la que se sostuvo únicamente en la circunstancia del ingreso ilegal al país.

Con posterioridad refiere que desde enero de 2018 a la fecha la s. Mairelys se desempeña como podóloga a domicilio, proveyendo con ello a su familia de lo necesario para subsistir. Asimismo, indica que cuenta con una relación estable y posee familiares en la región, por lo que tiene una fuerte red de apoyo, cuestión que se traduce en que no es una carga social para el Estado, destacando además que no tiene antecedentes penales en Chile ni en Cuba.

El recurrente señala que la resolución exenta N°126 de 9 de febrero de 2018 constituye una especial forma de afectación del derecho a la libertad personal y seguridad individual, en la medida que conculca su libertad ambulatoria, de residencia y de circulación. Al mismo tiempo, aduce que dicha resolución es ilegal toda vez que importa la imposición de una sanción sin existir previa condena, circunstancia que agrava la situación de la amparada quien se ha visto impedida de ejercer sus alegaciones de



XXDSHXNEKK

descargo, afectándose además su derecho de defensa y el principio contradictorio.

Por otro lado, alega que la acción penal que tiene la autoridad contra la s. Mairelys se encuentra extinta a raíz del desistimiento. Sobre el particular argumenta que el Reglamento de Extranjería en el artículo 158 dictamina que desistido del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio del Interior o la Intendencia Regional, el tribunal que conozca el caso de la amparada deberá ordenar el sobreseimiento definitivo del proceso, norma de carácter imperativo que establece una orden expresa dirigida hacia el juzgador, operando entonces el efecto propio de las resoluciones judiciales, esto es, la cosa juzgada. De esta manera la supuesta responsabilidad penal de la amparada se encuentra extinta y sin que pueda volver a discutirse el asunto.

Más adelante sostiene que conforme a la jurisprudencia emanada de los tribunales superiores de justicia se concluye que el artículo 69 del DL 1.094 no puede ser fundamento para la dictación de una orden de expulsión si es que se logra determinar que la Intendencia se desistió de la acción penal, situación que precisamente coincide con lo sucedido en la presente causa.

Finalmente indica que ejecutar esta orden de expulsión implica el agravamiento de las condiciones de la amparada y de su familia, en la medida que la amparada es el pilar económico del grupo familiar; sin considerar los riesgos que involucra para la amparada los riesgos de la crisis originada a causa de la pandemia por Covid- 19.

2º) La autoridad mediante informe preparado por la abogada s. Paulina Luza Ortega solicita el rechazo de la presente acción, toda vez que la orden de expulsión fue dictada con estricto apego a las facultades legales de la Intendencia y en concordancia con lo previsto en el artículo 69, en relación al artículo 78, ambos de la Ley de Extranjería, y en el artículo 146, en relación al artículo 158, ambos del D.S. N° 597, de 1984, del Ministerio del Interior.

La autoridad regional señala que el hecho de disponer en ciertos casos de la expulsión del país de un extranjero, no significa que se esté conculcando la libertad ambulatoria o de desplazamiento del respectivo afectado consagrada en la Constitución Política de la República, Carta que permite restringir esta garantía cuando las medidas son adoptadas de conformidad con la ley.

De otro lado, expresa que la actuación de los órganos de la Administración se entiende conforme a derecho, en tanto dan estricto cumplimiento al principio de juridicidad que rige todos los actos ejecutados por los órganos del Estado, proceder enmarcado dentro de las normas contenidas en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Por su parte, añade que la Resolución Exenta N°126, de 9 de febrero de 2018, fue dictada en cumplimiento de los requisitos de investidura, competencia y forma, de acuerdo a las exigencias que reconoce el ordenamiento jurídico.



XXDSHXNEKK

Añade que la expulsión es una de las sanciones establecidas por la legislación migratoria ante la inobservancia de la misma provocada por el ingreso clandestino al país. En este sentido enfatiza que la medida reclamada no es un acto arbitrario o por mero capricho sino que se sostiene en el hecho que la recurrente vulneró las normas de extranjería vigentes. Así, encontrándose acreditada la absoluta irregularidad del ingreso al país de la amparada, se resolvió la expulsión de la misma de acuerdo a lo preceptuado en la Constitución Política, en los tratados internacionales y en las normas legales.

Más adelante manifiesta que si bien las transgresiones a las normas de extranjería acarrear la responsabilidad penal, el ingreso clandestino al país produce una sanción de carácter administrativo, esto es, la expulsión del territorio nacional. Al efecto, aduce lo establecido en el inciso segundo del artículo 78 de la Ley de Extranjería y en el artículo 158 del Reglamento de la misma, los cuales establecen que el Intendente podrá desistirse de la denuncia acto administrativo que extinguirá la acción penal, siguiéndose de ello que una vez efectuado el desistimiento será necesario sancionar el hecho por parte de la autoridad, toda vez que las mencionadas circunstancias no pueden quedar impune; ahora, si se piensa de contrario se está desobedeciendo un mandato legal.

Previa cita de jurisprudencia sobre el particular finaliza indicando que la aplicación de todos los elementos y principios interpretativos llevan a concluir que el hecho que la norma tipifique el ingreso clandestino como un delito penal, no excluye que además sea una infracción a las normas de ingreso al país y que en ese contexto amerite la expulsión.

3º) El recurso de amparo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República constituye una acción de naturaleza excepcional que persigue la tutela y protección de parte de los tribunales superiores de justicia, de la libertad personal y la seguridad individual, cuyo ámbito subjetivo de aplicación incluye a toda persona, con independencia de la nacionalidad que tenga.

4º) La materia en discusión se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 1094, de 1975, que contiene la llamada "Ley de Extranjería" y en el Decreto Supremo N° 594, de 1984 que se denomina como: "Aprueba el Reglamento de Extranjería". Al respecto, el primer cuerpo normativo citado, establece en su artículo 69 que: *"Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.*

Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional."



Luego, el artículo 78 del mismo texto legal señala que: *"Las investigaciones de hechos constitutivos de los delitos comprendidos en este Título sólo podrán iniciarse por denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. El Ministro del Interior o el Intendente podrán desistirse de la denuncia o querrela en cualquier momento y el desistimiento extinguirá la acción penal. En tal caso, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal dispondrá el inmediato cese de las medidas cautelares que se hubieren decretado."*

Por último, el artículo 84 indica que *"...La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República", en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes. No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón. Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento. La medida de traslado a que se refieren los artículos 81, 82 y 83 será dispuesta por las autoridades oficiales señaladas en el artículo 10, con el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes..."*

Por su parte, el Reglamento de Extranjería dispone, respecto de la expulsión, en su artículo 146 que: *"Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burle en cualquier forma el control policial de entrada. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si ingresaren al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. 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 en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional."*

Enseguida el artículo 164 del mismo Estatuto señala que *"Los extranjeros que ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en el presente Reglamento, no observaren sus prohibiciones o continuaren permaneciendo en Chile, no obstante haberse vencido sus respectivos permisos, quedarán sujetos al control inmediato de las autoridades y podrán ser trasladados a un lugar habilitado del territorio nacional."*

Estas medidas se adoptarán por el tiempo suficiente que permita al infractor regularizar su permanencia en el país, cuando sea procedente, y



según las circunstancias de las infracciones cometidas o se disponga la aplicación de las sanciones correspondientes."

Finalmente, el artículo 167 manifiesta que: *"la medida de expulsión de los extranjeros contempladas en las normas del presente Reglamento, en general, será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministerio del Interior bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República". En el decreto se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales procedentes.*

No obstante la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia en el país con dicho permiso vencido, se dispondrán, sin más trámite, por resolución exenta del trámite de toma de razón, y suscrita por el Intendente Regional correspondiente a la jurisdicción del lugar en que se encuentre el afectado.

Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente, en cualquier tiempo por las mismas autoridades que adoptaron tales medidas.

Sin perjuicio de lo anterior, la revocación y suspensión podrá adoptarlas el Ministerio del Interior, en cualquier caso, sin más trámite".

5°) Las normas transcritas en el considerando precedente deben relacionarse con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 818, de 1983, del Ministerio del Interior, que mandata *"Delégase en los señores Intendentes Regionales del país, la facultad de disponer la medida de expulsión a:*

a) *Los extranjeros que hubieren prolongado su permanencia en el país luego de expirar su permiso de turismo o de entrada al territorio nacional;*

b) *Los extranjeros infractores al artículo N° 146 del D.S. 597 de 1984, respecto de los cuales el Intendente Regional respectivo haya obrado previamente conforme a lo dispuesto en el artículo N° 158 del decreto supremo en referencia."*

6°) En mérito de las normas señaladas, se advierte que en la especie se está ante la situación prevista en el artículo 69 del Decreto Ley N° 1094, considerando que el amparado habría ingresado al país por un paso no habilitado para ello, es decir, de forma irregular.

La mencionada conducta se encuentra tipificada como un ilícito penal, cuyo conocimiento y sanción le compete a los tribunales ordinarios de justicia, pudiendo luego del cumplimiento de la pena impuesta disponerse por la autoridad competente la expulsión del territorio nacional del extranjero que se encuentre en la hipótesis en cuestión.

Sin embargo, en el presente caso, la Intendencia Regional de Atacama, tras efectuar la correspondiente denuncia ante la Fiscalía Local, se desistió de ella, por lo que la amparada no ha sido juzgada legalmente por su conducta, y consecuentemente no ha sufrido pena alguna.

Lo dicho resulta de suma trascendencia puesto que la Ley de Extranjería contempla la existencia de un proceso en el cual aquella persona estimada como infractora, previos los trámites de rigor, es encontrada

XXDSHXNEKK



culpable del delito pudiendo con posterioridad decretarse la expulsión y, en tal caso, la medida de expulsión se funda en la existencia de un debido proceso, en que el imputado hubiera tenido oportunidad de ejercer el derecho a ser oído, a contar con defensa letrada, a presentar pruebas y a acceder a los medios de impugnación que procedan. Sin embargo, en el presente caso ninguno de estos supuestos se dio, ya que de acuerdo a los documentos acompañados por la propia recurrida, la Intendencia Regional de Atacama, se desistió de inmediato de la expulsión previniéndose la existencia de un proceso previo legalmente tramitado, conforme a los estándares nacionales e internacionales del debido proceso.

7°) En efecto, no puede dejar de advertirse que la resolución que se impugna por la presente vía no da cuenta de haberse tramitado un proceso administrativo en que el amparado hubiera tenido a lo menos el derecho a ser oído y a presentar las pruebas que estimare del caso, lo que implica una grave vulneración al debido proceso, derecho que rige transversalmente tanto en sede jurisdiccional como administrativa.

A mayor abundamiento, la resolución impugnada en autos contiene una fundamentación meramente formal, incumpliendo las exigencias mandatadas por el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución Política de la República y por los artículos 1, 2, 3, 17 y 41 de la Ley N° 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, de modo que de ella no puede desprenderse criterio alguno de proporcionalidad y razonabilidad.

A este respecto la Excelentísima Corte Suprema, en materias similares a la que se discuten en esta causa, ha señalado: "...5°) *Que en ese orden de ideas, en el presente caso la decisión ministerial revisada, sin perjuicio de lo expuesto en el motivo 3°) 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.*". (Sentencia de 9 de septiembre de 2013, en autos Rol N° 6649-2013).

Reiterando la necesidad de que una resolución de expulsión satisfaga estos criterios, el más alto tribunal en fallo de 5 de octubre de 2015, dictado en causa Rol N°1539-2015, ha sostenido: ".6° *Que, en consecuencia, los fundamentos entregados por la autoridad carecen de razonabilidad, y considerando la afectación que ello genera en el derecho a la libertad personal de la amparada, garantizado por la Constitución Política de la República, es motivo suficiente para revocar el fallo apelado.*".

Cabe también destacar, en relación a los derechos de los migrantes, que el principio del debido proceso está inserto en los procedimientos migratorios, con el fin de proteger a estas personas de la violación de sus derechos ante autoridades tanto del actuar judicial como administrativo, exigiéndose en el Derecho Internacional la necesidad de adoptar a nivel regional algunas normas mínimas uniformes para garantizar los derechos de las personas migratorias que se encuentran sometidas a procedimientos judiciales, penales o administrativos de cualquier índole, esto es, un piso



XXDSHXNEKK

mínimo de debido proceso al que tienen derecho todos los migrantes cualquiera sea su situación, exigencia que es la que se advierte en forma manifiesta que no se cumplió en la especie respecto de la recurrente y respecto de los cuales se han pronunciado, en forma reiterada y uniforme, los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, en términos de consagrar el debido proceso como una garantía y derecho con cabal aplicación en la materia (Declaración Universal art. 10; PIDCP art. 13 y 14; Declaración Americana art. XVIII; Convención Americana art. 8; Comité de Derechos Humanos Comentario General No. 15 par. 9 y 10. El Comité de Derechos Humanos ha protegido a los extranjeros contra expulsiones arbitrarias, entre otros, en los siguientes casos: Maroufidou v. Sweden (58/79); Hammel v. Madagascar (155/83); V.M.R.B. v. Canada (236/87); Giry v. Dominican Republic (193/85). En términos más amplios, respecto de las garantías judiciales en procedimientos administrativos se ha pronunciado el sistema interamericano de derechos humanos, Constitutional Court Case, Judgment of 31 January 2001, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No.71 (2001) at paras. 68-71, entre otros).

8°) En consecuencia, al proceder del modo indicado en los considerandos precedentes, la resolución recurrida ha provocado una perturbación o amenaza al derecho de la amparada a su libertad personal, de modo que esta Corte restablecerá el imperio del derecho en los términos que se expresará a continuación.

Por estas consideraciones y conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, en relación al Decreto Ley N° 1094, Decreto Supremo N° 597 de 1984 del Ministerio del Interior, y demás disposiciones legales pertinentes, **SE ACOGE** el recurso de amparo presentado por el abogado don José Luis Zúñiga Campos, en favor de doña **Mairelys Castillo Alpizar**, de nacionalidad cubana, pasaporte cubano N°J709052, y en consecuencia, **SE DEJA SIN EFECTO** la resolución exenta N°126, de 9 de febrero de 2018, que ordenó la expulsión del territorio nacional de la amparada ya individualizada.

Remítase copia de la presente a la Policía de Investigaciones de Chile, para los fines pertinentes.

Redacción del Fiscal Judicial señor Carlos Meneses Coloma.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

N°Amparo-80-2020.

En Copiapó, a veinte de noviembre de dos mil veinte, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

XXDSHXNEKK





XDSHXNEKK

Pronunciada por señora Aída Osses Herrera Presidenta, señor Ministro Antonio Ulloa Márquez y señor Fiscal Judicial Carlos Meneses Coloma. No firma el señor Ulloa, no obstante haber concurrido a su vista y acuerdo, por encontrarse en comisión de servicios. Copiapo, veinte de noviembre de dos mil veinte.

En Copiapo, a veinte de noviembre de dos mil veinte, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>