



Observatorio
Judicial

Informe N° 69

Jurisprudencia migratoria

— IMPACTO Y FUTURO

Octubre 2024

www.observatoriojudicial.org

Introducción

Para el año 2022, el Servicio Nacional de Migraciones estimó que la población migrante en el país fue alrededor de 1.600.000 extranjeros¹. Basta con saber que el 2014 la población migratoria estimada era de 410.000 para tener una idea de la magnitud de dicha cifra. Este rápido y vertiginoso cambio demográfico ha significado un desafío de primer orden a nivel social¹ e institucional², en el cual ninguno de los tres principales poderes del Estado ha quedado ajeno a esta nueva realidad.

Fue bajo este contexto que el 2018 publicamos el informe *La Corte, defensora del inmigrante*³ cuyo objetivo fue precisamente determinar el rol que la Corte Suprema estaba jugando en el fenómeno migratorio. En dicha oportunidad analizamos 137 fallos, dictados durante los años 2016 y 2017, relativos a recursos de amparo interpuestos contra decretos de expulsión. En ese entonces ya estaban presentes los elementos para aventurar que los tribunales jugarían un rol no menor en materia migratoria. En efecto, la sala penal de la Corte Suprema había construido una jurisprudencia que, a grandes rasgos, comprendía al inmigrante como un sujeto especial de protección, sin embargo, aún era temprano para evaluar el impacto de dicha perspectiva.

Ahora, transcurridos más de cinco años, han ocurrido hitos importantes. El primero fue la entrada en vigencia, en febrero de 2022, de la Ley N°21.325⁴ —Ley de Migración y Extranjería— que modificó de manera profunda la regulación migratoria que regía en nuestro país desde las décadas del 70 y 80⁵. El segundo hito fue la previsible expansión del uso del recurso de amparo para impugnar decretos de expulsión. En efecto, entre los años 2018 y 2024 las Cortes de Apelaciones han resuelto, al menos⁶, 5.361 amparos. A su vez, la Corte Suprema ha fallado unas 923 apelaciones por el mismo asunto.

A la luz de lo anterior, surgen dos preguntas: la primera es respecto al impacto que dicha actividad jurisdiccional ha tenido sobre la gestión migratoria, en especial, en la capacidad de la Administración para materializar los decretos de expulsión. Según veremos, vía recurso de amparo los tribunales de justicia han dejado sin efecto, al menos, unos 4.000 decretos. La segunda pregunta dice relación respecto al futuro, en cuanto hasta ahora la mayoría de los recursos de amparo se interpusieron contra decretos de expulsión dictados *previo* a la entrada en vigencia de la Ley N°21.325. En consecuencia, eran juicios donde los tribunales fácilmente dejaban de lado la normativa vigente —dado su anacronismo— y aplicaban la

¹ En la última encuesta CEP (N°91, 30 de julio de 2024), ante la pregunta “¿Cuáles son los 3 problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo en solucionar el Gobierno?” la inmigración ocupó el sexto lugar (22%). Mientras que, en la pregunta “¿Cuáles son las 3 principales causas de la delincuencia en Chile?” La inmigración irregular ocupó el primer lugar (60%).

² Para ilustrar los desafíos institucionales y sociales de la inmigración señalamos que si el año 2017 los estudiantes escolares migrantes eran 77.608 y representaban el 2,2% de la matrícula escolar, el año 2023 la cifra aumentó a 267.337, pasando a representar el 7,4% de la matrícula escolar (Cifras obtenidas del *Anuario estadístico de movilidad humana 2023* del Servicio Jesuita a Migrantes).

³ Disponible en <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2018/01/Radar-N%C2%B02-La-Corte-defensora-del-inmigrante-1.pdf>

⁴ La ley fue publicada en abril 2021, pero entró en vigencia con la dictación y publicación de su reglamento (Decreto N°296, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de 12 de febrero de 2022).

⁵ Los cuerpos normativos vigentes a esa época eran el Decreto Ley N°1094 de 1975 y el Decreto Supremo N°597 de 1984.

⁶ A lo largo del informe utilizaremos en varias oportunidades la expresión “al menos” dado que los datos judiciales para elaborar el presente informe fueron obtenidos en el buscador de jurisprudencia del Poder Judicial, en el cual no es posible determinar el universo total de sentencias. Por tanto, pueden existir más sentencias que las arrojadas por el buscador.

jurisprudencia del inmigrante como sujeto especial de protección, lo cual implicó que las Cortes de Apelaciones acogieran el 71% de los recursos y la Corte Suprema resolviera a favor del inmigrante el 81% de las veces.

Este aspecto es relevante, porque según veremos, desde el 2022 se produce un cambio de tendencia en los resultados, a saber, comienza a crecer el porcentaje de amparos rechazados, especialmente a nivel de Cortes de Apelaciones y también, aunque en menor medida, en la Corte Suprema. Lo más probable es que dicho cambio sea producto de la aplicación de la nueva Ley de Migración y Extranjería. En efecto, uno de los aspectos importantes que modificó la nueva ley fue reglar en detalle la expulsión de migrantes, estableciendo las causales y procedimientos para hacerlo. Por tanto, la ley limitó el margen de discrecionalidad de los jueces para evaluar la legalidad de la decisión. Ahora bien, dado la reciente entrada en vigencia y que todavía muchos de los decretos de expulsión caen bajo la antigua legislación, no es seguro el camino que tomarán los tribunales de justicia en materia migratoria. Sin embargo, existen indicios de que los tribunales resolverán más bajo criterios de legalidad, que de proporcionalidad.

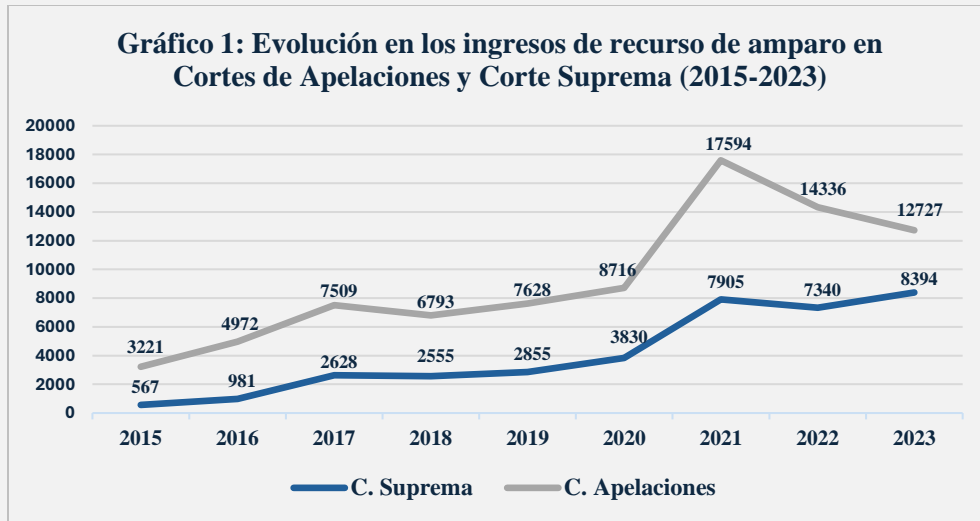
Para ilustrar lo anterior, el presente informe se estructura en dos apartados. En el primero, intentaremos determinar el impacto de la jurisprudencia migratoria, para lo cual haremos un análisis cualitativo de la actual jurisprudencia migratoria, es decir, los argumentos jurídicos que han ocupado los jueces para acoger los recursos de amparo; y un apartado cuantitativo que medirá el impacto de dichas sentencias en la gestión migratoria de las expulsiones. En el segundo apartado, expondremos la evolución de los resultados, tanto de las Cortes de Apelaciones, como de la Corte Suprema desde la perspectiva del efecto de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Migración y Extranjería y el posible futuro de la jurisprudencia migratoria.

I. Impacto de las sentencias de amparo en los decretos de expulsión

A) Aspectos cualitativos: el inmigrante como sujeto especial de protección

Como primer elemento y a modo de contexto mostramos la evolución de los ingresos de recursos de amparo en general⁷, tanto a nivel de Cortes de Apelaciones, como en la Corte Suprema. Si bien es necesario un estudio en profundidad que analice las razones de este aumento en el uso de la acción de amparo, es posible plantear que el incremento de la acción se enmarca en la tendencia de la comunidad jurídica de trasladar los conflictos jurídicos a la esfera constitucional, en la cual los jueces razonan con mayor discrecionalidad y así pueden obtener resultados favorables que mediante los mecanismos legales ordinarios sería más difícil lograr —por ejemplo, si se interpusiera un recurso de reposición administrativa—.

⁷ Para elaborar el presente informe se utilizaron principalmente las siguientes fuentes: los datos publicados por el Servicio Jesuita a Migrantes en sus reportes estadísticos; el buscador de causas y el buscador de jurisprudencia, ambos del Poder Judicial. El criterio de búsqueda fue “decretos” “expulsión” durante el período 2018-2023.



En ese sentido, el uso del recurso de amparo para impugnar decretos de expulsión, pensamos, se enmarca en la tendencia descrita, al punto de ser un caso paradigmático. En efecto, los tribunales de justicia han desarrollado diferentes estrategias argumentativas para declarar ilegal el decreto de expulsión, las cuales tienen en común que en vez de hacer una evaluación estricta de legalidad, es decir, enjuiciar si la administración se ajustó a los requisitos y procedimientos para ejercer una potestad concedida por ley, efectúan un control de razonabilidad-proporcionalidad, en donde los jueces miran la situación particular del inmigrante y ponderan los perjudiciales efectos que la expulsión tendría en su vida. A continuación, veamos los diferentes criterios jurisprudenciales:

- (1) **Germen de arraigo:** esta jurisprudencia consiste en que 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) o acredite algún vínculo laboral estable, el tribunal ordena anular el decreto de expulsión. En consecuencia, si existe un germen de arraigo, los tribunales exigen que el decreto de expulsión posea una fundamentación más allá de las normas formales, de lo contrario es ilegal. Un ejemplo interesante de esta jurisprudencia fue una sentencia que anuló un decreto que expulsaba a un inmigrante que el 2015 fue condenado como cómplice de secuestro calificado. Cumplida la condena, el Ministerio del Interior ordenó la expulsión, sin embargo, la Corte Suprema acogió el recurso de amparo bajo los siguientes argumentos:

“Que, por otro lado, se encuentra demostrado, mediante los documentos aportados por la recurrente, que éste lleva 14 años arraigado en nuestro país, contrajo matrimonio con una ciudadana chilena, actualmente cuenta con una fuente de trabajo, cumple con las exigencias de las normas de seguridad social, y tiene un apoyo social y familiar sólido.

Que, en ese orden, dadas las consideraciones precedentes, no resulta razonable que en el caso sub lite, la mera imposición de una condena dictada por hechos acaecidos hace más de 20 años, que por lo demás fue cumplida íntegra y satisfactoriamente, justifique la orden de expulsión materializada en el Decreto N°187, emitido por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública el 19 de febrero de 2016, y menos aún si se considera su intachable

conducta durante su libertad condicional y su arraigo social y laboral (C.S. rol n°39.484-2020)”⁸.

(2) Exigencia de una investigación penal: otra línea jurisprudencial es la exigencia de una investigación penal que establezca la efectividad del ingreso clandestino. Para comprender este razonamiento se debe tener presente que, bajo la antigua legislación migratoria, el Intendente Regional realizaba una denuncia penal para inmediatamente después desistirse de la acción, y con ello posibilitar la expulsión. Sin embargo, los tribunales impusieron la exigencia que el ingreso clandestino debía estar acreditado en un juicio penal, de lo contrario el decreto es ilegal. En ese sentido, para los jueces que suscriben este razonamiento no basta con la información de la policía o, incluso, con la autodenuncia del propio inmigrante para probar el ingreso irregular:

“Que al desistirse de la denuncia la Intendencia Regional impidió que el órgano persecutor pesquisara y verificase los hechos constitutivos del delito de ingreso clandestino del que se le daba noticia, lo que precisamente llevó al término de esa causa. Asimismo, tal proceder impidió a la amparada defenderse y controvertir los hechos que fundaron la denuncia. En definitiva, el dictamen de expulsión se basa en la mera noticia de la autoridad policial, antecedente del todo insuficiente para fundar la decisión de expulsión cuestionada. 3°) Que a lo anterior se suma que durante el período de permanencia en Chile la amparada no ha cometido ningún ilícito -nada al respecto se ha informado por la recurrida-, conjunto de circunstancias que privan hoy de fundamento racional al acto impugnado y, consecuentemente, permiten afirmar que se pone en peligro su libertad personal por un acto arbitrario de la Administración, lo que conlleva que la acción interpuesta deba ser acogida” (C.S. rol n°5.149-2021).

(3) Infracción al principio *non bis in idem*: por último, nos encontramos con una jurisprudencia que aplica la garantía de que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos. De esta manera, los tribunales han anulado decretos que ordenan expulsar a inmigrantes una vez cumplida una sanción penal, ya que en opinión de los jueces que aplican este criterio, un mismo hecho, —por ejemplo, el tráfico de drogas— sería sancionado con la pena privativa de libertad y la expulsión del país:

“Que el Decreto que ordenó la expulsión del actor, en su parte considerativa, refiere como único fundamento para proceder de tal modo, que éste, con fecha 18 de febrero de 2017 fue condenado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes (...) arguyéndose por la Administración -sin explicitar motivación alguna- que la conducta ejecutada por el extranjero vulnera los bienes jurídicos de la seguridad pública y salud pública, lo que genera graves consecuencias sociales, que afectan los intereses colectivos resguardados por el Estado, y cuya realización además, atenta directamente contra el bienestar común y orden social por lo que no es posible aceptar su permanencia en el territorio nacional.

Que en consecuencia, los fundamentos que se han invocado por la autoridad carecen de proporcionalidad, toda vez que el ilícito a que se refiere la recurrida, ha sido sancionado en tiempo y forma -pena que por lo demás, se encuentra cumplida, además de haberse eliminado la anotación prontuarial respectiva, con fecha 16 de junio de 2022-, por lo que

⁸ Para no hacerse una idea equivocada, prevenimos que no siempre cuando existen condenas penales los tribunales acogen el recurso. Utilizamos como ejemplo esta sentencia en particular porque muestra con fuerza la idea del germen de arraigo y en cómo pesa ello en las circunstancias particulares del inmigrante.

al decretarse su expulsión, con la cita de dicha condena como único fundamento, se le está sancionando doblemente por un mismo hecho, actuar que el ordenamiento jurídico no tolera, tornándose arbitraria la actuación de la Administración en tal sentido, afectándose con ello su libertad personal y seguridad individual” (C.S. rol n°19.752-2023).

Como señalamos más arriba el aspecto común de estas tres jurisprudencias es que consisten en un juicio de proporcionalidad más que estrictamente de legalidad. Es así que en las sentencias encontramos expresiones como “no resulta razonable”, “carecen de proporcionalidad” o “acto arbitrario de la Administración”. En ese sentido, dichas jurisprudencias pueden ser entendidas como construcciones *ad hoc* para justificar una posición valórica de los tribunales, a saber, comprender al inmigrante como sujeto especial de protección. Incluso en la jurisprudencia que pareciera ser más formal, a saber, aquella que exige una investigación penal o aplica el principio *non bis in ídem*; lo que probablemente hay detrás es intentar una justificación para aquellos casos en que el germen de arraigo no estaba muy claro. En efecto, en ningún momento la antigua legislación exigía que el ingreso clandestino estuviera probado en un juicio penal y difícilmente la expulsión implica una infracción al *non bis in ídem* dado que es una sanción de naturaleza administrativa.

Nuestro análisis queda reforzado por el hecho de que estas líneas jurisprudenciales no son excluyentes; todo lo contrario, están unidas a un mismo fin: proteger al inmigrante como sujeto vulnerable. En ese sentido, la segunda sala penal de la Corte Suprema ha integrado sus argumentos para construir una de las versiones jurisprudenciales más desarrolladas, que se muestra en la siguiente sentencia tipo que anula un decreto de expulsión dictado contra un inmigrante venezolano, la cual une la exigencia de una investigación previa, el hecho que su familia se encuentra en el país, sumado a que en su país de origen hay una crisis política y económica, al punto que la Corte asimila la situación del inmigrante con la figura del refugiado:

“7°.- Que en el caso de marras, aparece de manifiesto que la decisión de la Administración se adoptó luego de un procedimiento contencioso administrativo insuficiente, por cuanto la parte recurrente no fue oída ni pudo presentar las pruebas que estimare del caso, lo que torna en ilegal tal pronunciamiento en cuanto carece de la debida fundamentación, no pudiendo desprenderse de ella criterio alguno de proporcionalidad y razonabilidad, motivo por el cual la presente acción constitucional deberá ser acogida, al afectar la libertad ambulatoria de la persona en cuyo favor se acciona, sujeta a la medida de expulsión del territorio nacional.

8°.- Que, respecto de la parte recurrente debe tenerse además en consideración que la epidemia generada por el virus Covid-19, enfermedad que amenaza la vida y salud individual de la totalidad de la población mundial, misma que no ha sido controlada, además, las persecuciones políticas y dificultades económicas más las carencias sanitarias que padecen en sus países de origen quienes ingresan irregularmente a Chile, las que son de público conocimiento.

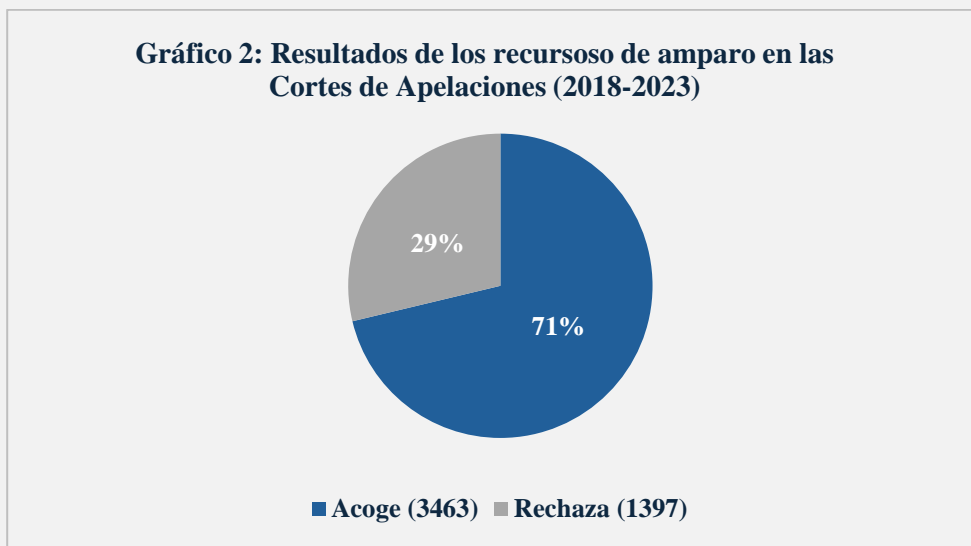
9°.- En este sentido, la Declaración de Cartagena de 1984, recoge las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, precisando un concepto de refugiado al incluir en él a las personas que han huido de sus países porque, su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los Derechos Humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público; lo que es recogido posteriormente en la Declaración de San José de 1994. Por consiguiente, resultan aplicables en la especie, esta vez como principios propios del Derecho Humanitario Internacional.

11°.- Finalmente, debe tenerse presente que de los antecedentes del recurso se desprende que la amparada cuenta con familia en el territorio nacional, por lo que de mantenerse la decisión de la autoridad administrativa se ocasionará la separación de ella” (C.S. rol n°44.3938-2021).

B) Aspectos cuantitativos: el impacto de los amparos acogidos

En el apartado anterior vimos la jurisprudencia que han desarrollado los tribunales —principalmente la segunda sala de la Corte Suprema— para resolver los recursos de amparo contra decretos de expulsión. Como expusimos, esta jurisprudencia tiene como fin proteger al inmigrante, lo que en la práctica ha significado que en general los amparos han sido acogidos. Dicho eso, ahora podemos determinar qué impacto ha tenido la labor de los tribunales en la gestión migratoria. Proponemos una forma sencilla: cada recurso de amparo acogido es un decreto de expulsión que se dejó sin efecto, por tanto, el impacto se establece como la cantidad de decretos de expulsión que no pudieron ser ejecutados. En este apartado veremos los resultados generales de los recursos de amparo, tanto en las Cortes de Apelaciones del país, como en la Corte Suprema con el objetivo de establecer cuántos decretos de expulsión quedaron sin efecto durante el 2018 hasta el 2023.

Comencemos con las Cortes de Apelaciones, las cuales durante el período 2018-2023 han acogido el 71% de los recursos, es decir, un total de 3.463 amparos versus 1.397 que fueron rechazados (ver gráfico N°2).

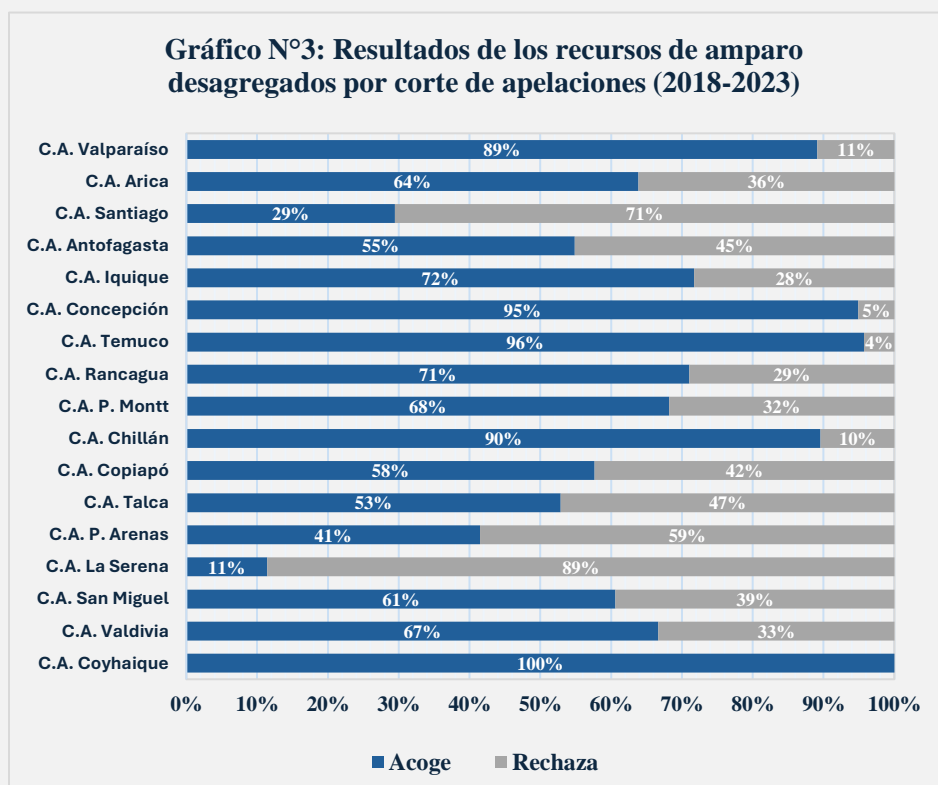


Vale la pena señalar que cinco cortes concentran el 75% de las causas según se detalla en la siguiente tabla:

Tabla N°1: Las cinco principales Cortes de Apelaciones en fallos de recursos de amparo (2018-2023)

Tribunal	N° de sentencias	Porcentaje del total
C.A. Valparaíso	1.667	34%
C.A. Arica	747	15%
C.A. Santiago	645	13%
C.A. Antofagasta	319	7%
C.A. Iquique	283	6%

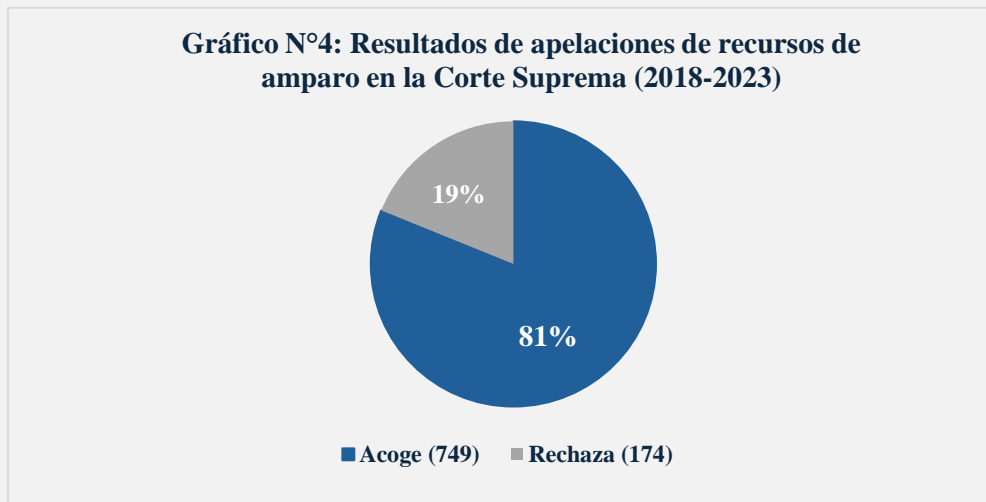
El peso que tiene la Corte de Valparaíso en la cantidad de recursos resueltos —1 de cada 3 sentencias fueron dictadas por este tribunal— es relevante, porque dicha Corte ha fallado 89% de las veces a favor del inmigrante. En ese sentido, otro aspecto a destacar es la disparidad en los resultados entre las distintas Cortes de Apelaciones (ver gráfico N°3). El caso más ilustrativo es la diferencia entre las Cortes de Santiago y Valparaíso. En efecto, la Corte capitalina ha rechazado el 71% de los amparos, o sea, es el reverso del tribunal porteño. También en las cortes del norte existen diferencias significativas. Por ejemplo, la Corte de Antofagasta ha acogido el 55% de los recursos, mientras que la Corte de Iquique ha acogido el 72%. En cuanto a los tribunales del sur, las Cortes de Temuco y Concepción destacan por haber fallado favorablemente más del 95% de las veces.



Ahora bien, para determinar el impacto de la jurisprudencia migratoria no basta con analizar únicamente los resultados de las Cortes de Apelaciones, toda vez que su decisión puede ser apelada ante la Corte Suprema. La segunda sala de la Corte Suprema —encargada de resolver los amparos— ha jugado un papel muy importante, porque es el lugar donde se ha gestado la jurisprudencia que comprende al inmigrante como sujeto especial de protección. Esto es claro en los datos: durante el período 2018-2023 ha fallado el 81% de las veces a favor del inmigrante (ver gráfico N°4). Además, la principal manera de fallar de la segunda sala ha sido revocar sentencias que, en primera instancia, rechazaron el recurso de amparo. A continuación, detallamos en la tabla N°2 el comportamiento de la Corte Suprema respecto a los fallos de las Cortes de Apelaciones:

Tabla N°2: Resultados recursos de amparo C.S. (2018-2023)

Resultado C.A.	Resultado C.S.		
	Acoge	Confirma	67
Revoca		63	7%
Rechaza	Confirma	111	12%
	Revoca	682	74%



Expuestos los resultados en la Corte Suprema, ahora podemos determinar el impacto de la jurisprudencia en la política y gestión migratoria. Si a los recursos acogidos en las Cortes de Apelaciones (3.463) sumamos las sentencias rechazadas que la C.S. revocó (682) y a dicha suma le restamos las sentencias que acogieron y que también la C.S. revocó (63), nos da como resultado que los tribunales de justicia han dejado sin efecto, al menos, 4.082 decretos de expulsión. Para evaluar la magnitud de dicha cifra, en la tabla N°3 presentamos la cantidad de decretos de expulsión y su ejecución⁹ durante los años 2017 a 2022. Si tomamos esa referencia como punto de comparación resulta que por vía judicial se han dejado sin efecto un 17% de los decretos dictados.

⁹ Las tablas N°3 y N°4 fueron tomadas del *Anuario estadístico de movilidad humana 2023* del Servicio Jesuita a Migrantes.

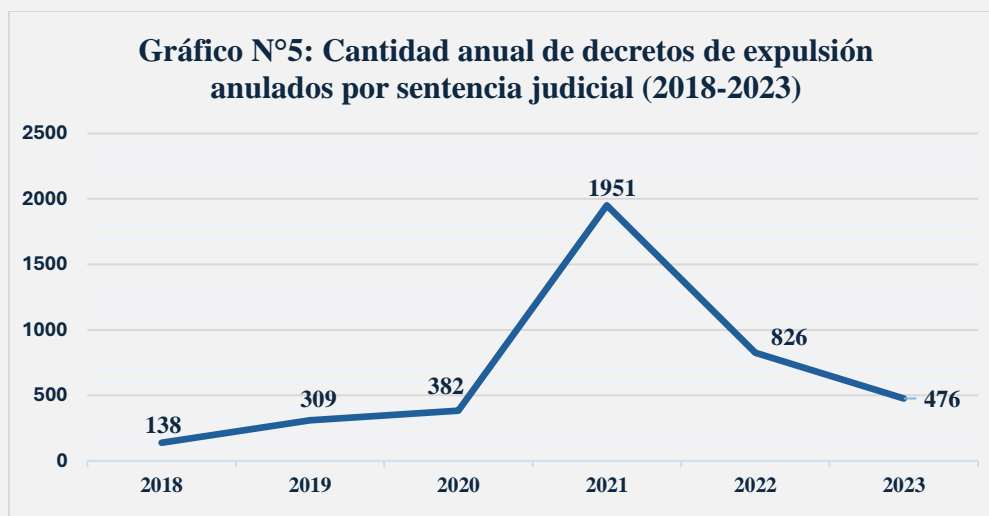
Tabla N°3: Cantidad de decretos de expulsión dictados por la Administración (2017-2022)

	2017	2018	2019	2020	2021	2022	TOTAL
Expulsiones administrativas	2.951	3.307	6.702	3.963	6.889	911	24.723
Expulsiones administrativas ejecutadas	978	302	576	202	246	31	2.335
% De ejecución	33%	9%	9%	5%	4%	3%	9%

A la luz de esas cifras es importante hacer algunas precisiones. La primera es que no puede imputarse los problemas migratorios a los tribunales de justicia. En efecto, desde una perspectiva cuantitativa el problema rebasa con mucho la esfera judicial. Basta con tener presente que según cifras de la Policía de Investigaciones durante los años 2021-2023 han ingresado 154.696 inmigrantes por pasos no habilitados¹⁰, y eso que la cifra sólo considera aquellos casos conocidos por la autoridad. En contraste, si vemos la cantidad de decretos pronunciados y ejecutados por la Administración, por ejemplo el año 2021 es bastante evidente que el problema sobrepasa totalmente a las capacidades del Estado.

Ahora bien, y esta es la segunda precisión, tampoco se debe minusvalorar los efectos del rol de los tribunales. En efecto, están asentadas las bases para una judicialización de la política migratoria, si bien todavía no alcanza masividad, existen elementos que preocupan: una jurisprudencia que aplica criterios de proporcionalidad, sentencias tipo y juicios mecánicos donde las decisiones se toman en base a evaluaciones simplificadas —arraigo o no arraigo, hubo o hubo investigación penal, etc.—. Además, al observar por año la cantidad de sentencias que acogieron un amparo, se constata la intensidad que puede llegar a adquirir el fenómeno de judicialización migratoria. El año 2021 es un buen ejemplo de ello: los decretos declarados nulos correspondieron al 28% de los decretos de expulsión dictados ese año, es decir, casi 1 de cada 3 fueron frenados vía judicial. Además, tampoco se consideran los potenciales efectos subjetivos en los actores migratorios, por ejemplo, de qué manera el conocimiento de esta jurisprudencia en la población migrante incentiva el ingreso clandestino, o la creación de contratos laborales o relaciones ficticias, así como un efecto paralizador en las instituciones migratorias que se inhiben de ejecutar decretos de expulsión, porque saben que estos serán anulados vía judicial y que, por ende, no vale el costo.

¹⁰ Ver: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/reporte-de-la-pdi-ingresos-clandestinos-alcanzan-la-cifra-mas-baja-de-los-ultimos-tres-anos/GQLRU43QXZFU3DADGX5V4OG5ZQ/#:~:text=Desde%20e1%202021%20y%20hasta,cifras%20de%20la%20polic%C3%ADa%20civil>



Para cerrar el análisis del impacto de la jurisprudencia migratoria, mencionamos las estadísticas relativas a las expulsiones judiciales. Brevemente, el artículo 34 de la Ley 18.216, que establece las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, dispone que respecto de los extranjeros que no residen legalmente en el país y son condenados a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión, esta pena puede sustituirse por la de expulsión del país y con ello se prohíbe su reingreso por 10 años. Durante el período 2017-2022 los tribunales penales han impuesto esta pena de expulsión en 8.279 casos, pero sólo se ha ejecutado en 6.800, es decir, el 82% (ver tabla N°5). Nos referimos a este hecho, porque no deja de ser llamativo que los tribunales han sido mucho más efectivos para expulsar inmigrantes que la propia administración —por vía judicial se han expulsado casi tres veces más que por la vía administrativa—.

Lo anterior parece paradójico dado la jurisprudencia protectora que, en general, ha impregnado la labor de los jueces cuando resuelven sobre la legalidad de los decretos de expulsión que dicta la Administración. Si bien los recursos de amparo son fallados por las Cortes de Apelaciones, mientras que la pena de expulsión es impuesta por los tribunales penales, queda abierta la pregunta para una futura investigación sobre la coherencia del sistema judicial en materia migratoria, en especial, indagar qué hubiera ocurrido en sede de amparo en los casos en que se determinó judicialmente la expulsión. ¿Habría sido declarada ilegal la expulsión?

Tabla N°4: Penas de expulsión dictadas por tribunales (2017-2022)

	2017	2018	2019	2020	2021	2022	TOTAL
Expulsiones judiciales	1.551	1.788	1.743	1.222	755	1.220	8.279
Expulsiones judiciales ejecutadas	420	1.750	1.656	1.268	667	1.039	6.800
% De ejecución	27%	98%	95%	104%	88%	85%	82%

II. Futuro de la jurisprudencia migratoria

Según señalamos más arriba, hasta el 2023 y también el 2024, el gran porcentaje de los recursos de amparo han sido resueltos bajo la antigua legislación migratoria, porque estos fueron dictados en fecha anterior a la entrada en vigencia de la nueva normativa. Más allá de las críticas que pueden formularse a la jurisprudencia migratoria que la Corte Suprema ha construido, es necesario reconocer que la antigua legislación era totalmente anacrónica e insuficiente para enfrentar el nuevo fenómeno migratorio. En efecto, la antigua legislación se estructuraba desde principios de soberanía y seguridad nacional, y no para abordar fenómenos masivos de inmigración causados por crisis humanitarias en sus países de origen, tales como en Venezuela y Haití.

En ese sentido, las deficiencias de la antigua legislación abrían espacios para la construcción de una jurisprudencia que atendiera razonablemente a casos específicos, en los cuales efectivamente ejecutar el decreto de expulsión implicaba una total desproporción. Es posible encontrar fallos donde se declararon ilegales decretos de expulsión con una antigüedad de cinco años o más, a inmigrantes que contaban con una vida familiar y laboral consolidada en el país. Bajo esas condiciones excepcionales son más que comprensibles doctrinas como la del germen de arraigo¹¹. Sin embargo, lo que podría ser excepcional se transformó en la regla y la Corte Suprema creó otros modelos jurisprudenciales como la exigencia de investigación penal o la prohibición de la doble sanción. Ello ha derivado en juicios tipo donde cabe presumir que el análisis detallado y detenido del caso es rápido y más bien se resuelve bajo indicadores simplificados.

Dado el déficit de la antigua legislación es que la nueva Ley de Migración y Extranjería reguló la expulsión estableciendo en detalle las causales en que procede, el procedimiento para hacerla efectiva, y los recursos judiciales para impugnarla. Por su parte, el artículo 129 indica las consideraciones que la autoridad migratoria debe ponderar al momento de justificar el decreto, entre los cuales está la gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión; antecedentes delictuales; reiteración de infracciones migratorias; período de residencia regular en el país; situación familiar y las contribuciones sociales, culturales o económicas. Además, el artículo 141 de la legislación establece un recurso judicial específico para reclamar contra decretos de expulsión, el cual se tramita de manera preferente en la Corte de Apelaciones.

Bajo este nuevo marco legal, la discrecionalidad de los jueces queda circunscrita a evaluar si la autoridad migratoria cumplió con las exigencias legales para decretar la expulsión, a saber, si existe una causal, se cumplió con el procedimiento y la resolución está debidamente fundada en base a los criterios del artículo 129. Si bien en este último punto los tribunales tendrán un mayor margen de apreciación y la jurisprudencia será importante para saber cuándo los criterios del artículo 129 sean de una entidad suficiente para justificar la no expulsión, lo cierto es que los elementos para resolver están delimitados, quedando excluidas otras consideraciones que no estén contempladas en la ley, —i.e. la exigencia de una investigación penal previa—. Por tanto, el futuro de la jurisprudencia migratoria se decidirá en qué medida los jueces ajustan su decisión a los parámetros fijados por la Ley de Migración, o bien, seguirán acudiendo a criterios de ponderación más

¹¹ En nuestro estudio pudimos detectar 88 causas donde el decreto de expulsión tenía 5 o más años contados desde la dictación de la sentencia. Incluso encontramos casos en que el decreto tenía más de 10 años. Ciertamente contraria parámetros básicos de justicia expulsar 10 años después a un inmigrante cuya única falta fue el ingreso clandestino y ha desarrollado su vida en el país formando una familia y vínculos laborales.

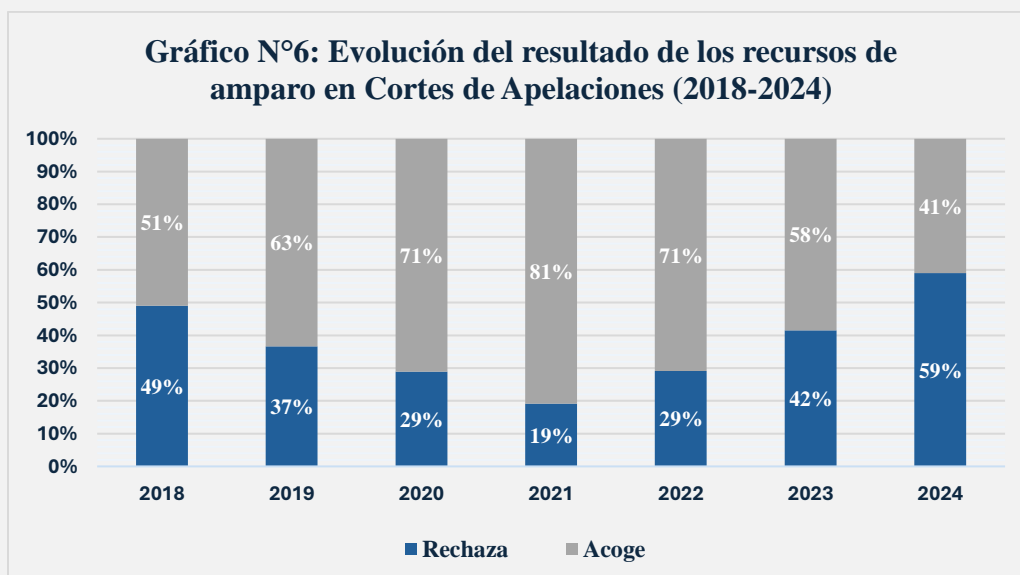
amplios o diferentes a los legales, así como construcciones *ad hoc*. Dicho eso, veamos cómo han evolucionado los resultados, tanto en las Cortes de Apelaciones, como en la Corte Suprema.

II.A) Evolución de los resultados en las Cortes de Apelaciones (2018-2024)

Ahora bien, al mirar la evolución de los resultados de los recursos de amparo en las Cortes de Apelaciones del país se observa un cambio de tendencia desde el 2022 en adelante: si el año 2021 las cortes acogieron el 81%, el año 2022 dicho porcentaje disminuyó a 71%, el 2023 a un 58%, y en lo que va de 2024 a un 41% (ver gráfico N°6). En línea con lo anterior, en la tabla N°5 se muestra la evolución del porcentaje de rechazo en las siete Cortes que acumulan casi la totalidad de amparos resueltos. Salvo excepciones como la Corte de Iquique, desde el 2021 en adelante todas han aumentado su porcentaje de rechazo, dándose casos llamativos como la Corte de Antofagasta que pasó de rechazar de un 24% a un 87%. También es significativo el cambio de las Cortes de Valparaíso, Concepción o Temuco, cuyas tasas de rechazo eran mínimas, pero desde el 2024 aumentaron respectivamente a un 38%, 23% y 27%.

Tabla N°5: Evolución del porcentaje de recursos rechazados en las principales Cortes de Apelaciones (2021-2024)

Tribunal	2021	2022	2023	2024
C.A. Arica	34%	30%	25%	72%
C.A. Iquique	29%	39%	30%	27%
C.A. Antofagasta	24%	49%	77%	87%
C.A. Valparaíso	11%	9%	20%	38%
C.A. Santiago	74%	79%	83%	92%
C.A. Concepción	0%	2%	11%	23%
C.A. Temuco	2%	4%	27%	27%



De lo que hemos podido observar, un factor relevante en el cambio de tendencia en el resultado de los amparos es precisamente la entrada en vigencia de la Ley de Migración y Extranjería y que cada vez más los decretos de expulsión impugnados caen bajo la nueva normativa. Si bien, todavía es necesario que transcurra más tiempo para determinar qué criterios jurisprudenciales se irán asentando, ya existen numerosas sentencias que han aplicado la nueva normativa y sus parámetros para rechazar los recursos de amparo. A modo ilustrativo, a continuación, citamos sentencias que aplicando la Ley N°21.325 rechazaron la acción, además de provenir de cortes más representativas y que tenían tasas muy altas de recursos favorables:

- (1) **C.A. Valparaíso, rol N°1.703-2024, 27 de agosto de 2024:** “que, conforme a lo expuesto, se desprende que la resolución recurrida ha sido dictada por autoridad competente, dentro de sus facultades legales y previo procedimiento establecido en la ley, en el cual se le otorgó al amparado la oportunidad de ser oído, presentando documentación que fue desestimada por la autoridad migratoria, mediante la dictación de la resolución que ordenó su expulsión, al encontrarse en un supuesto legal que la hacía procedente, de manera tal, que no se advierte ilegalidad alguna”.
- (2) **C.A. Arica, rol n°266-2024, 6 de agosto de 2024:** “que, dada la fecha de expedición de la resolución exenta, se estima que la vía idónea para atacar este acto de la administración es el previsto en la Ley N° 21.325, mediante la denominada acción de reclamación judicial del artículo 141 de la referida ley (...) Que, conforme a la ley vigente al momento de decretarse la expulsión del amparado, la autoridad administrativa, poseía facultades para dictaminar la expulsión de quien ha ingresado al país por pasos no habilitados (...) Que, de lo señalado en los motivos procedentes, esta Corte no vislumbra ilegalidad alguna (...) tampoco se advierte una trasgresión a la normativa legal, puesto que ningún tipo de arraigo, de los alegados ha acreditado el extranjero en el territorio nacional y que los documentos allegados al recurso por sí solos no son suficientes para esgrimir una exención al régimen normal de migraciones”.
- (3) **C.A. de Concepción, rol n°237-2024, 7 de mayo de 2024:** “que, como se puede apreciar, la ley no autoriza regularizar la estadía de los extranjeros que hubiesen ingresado al país por paso no habilitado, eludiendo el control de fronteras, por el contrario, es la misma ley la que faculta expresamente a la autoridad administrativa para que, previos los trámites de rigor, disponga la expulsión de quienes hayan procedido ingresar al país clandestinamente (...) Enseguida, se establece en la resolución el modo como se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 132 bis de la Ley 21.325 (...) comunicándole el inicio del proceso sancionatorio seguido en su contra por infringir la legislación migratoria vigente (...) A continuación, el Servicio procedió a ponderar determinadamente: la gravedad de los hechos en que se sustenta la causal con su correspondiente motivación; la circunstancia de no poseer antecedentes delictuales; la reiteración de infracciones migratorias; el hecho de no haber acreditado vínculos familiares así como tampoco, haber justificado que ha hecho aportes o contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica durante su estadía en Chile, lo que llevó al Director Nacional del Servicio Nacional de Migraciones a dictar la resolución que motivó la interposición de este amparo constitucional”.
- (4) **C.A. de Antofagasta, rol n°20-2024, 24 de enero de 2024:** “en este sentido, se debe tener en consideración los artículos 126 y siguientes de la Ley 21.325, en relación con lo dispuesto en el artículo 32 N° 5 del mismo cuerpo legal, conforme a los cuales, dentro de las causales de expulsión del país de extranjeros residentes, se encuentra el que hayan sido condenados en Chile o en el extranjero por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Por lo tanto, las normas que amparan el actuar de la recurrida en cuanto a la dictación del decreto de expulsión aludido, encuentran sus bases en la normativa vigente,

no configurándose vicios en la dictación del mismo, como alega la recurrente. (...) Que, en lo que dice relación al arraigo familiar argüido por el actor, y, en virtud de los hechos que motivan el decreto de expulsión, en este caso en particular, y teniendo especial consideración los bienes jurídicos tutelados, se impone la protección de la sociedad en general y el bien común por sobre la de los integrantes de la familia que el amparado mantiene en Chile, pero no es la autoridad la responsable de las consecuencias que produzcan sus inconductas, sino es el mismo recurrente, quien provocó la situación por la que ahora pide se le ampare”.

De los fallos citados se observan los elementos que estarán en juego en la jurisprudencia: la evaluación de legalidad de la medida administrativa; si establecido un recurso especial de reclamación, los tribunales seguirán tramitando los recursos de amparo contra órdenes de expulsión; bajo qué condiciones se tendrá por probado un real arraigo familiar o laboral que justifique una excepción a la expulsión; por último un análisis de proporcionalidad enmarcado en los criterios establecidos por el artículo 129 de la Ley de Migración, a saber, el arraigo, la contribución al país, la gravedad de las infracciones, etc.

Es de esperar que con el tiempo se uniforme la jurisprudencia, y en lo posible, que los tribunales fijen criterios comunes y estables sobre en qué circunstancias primarán las condiciones particulares del inmigrante, por ejemplo, el arraigo social, sobre la concurrencia de una causal de expulsión. Desde una perspectiva de la igualdad ante la ley y la ordenación del Estado hacia la persona humana, lo anterior es muy importante, dada la trascendencia que una orden de expulsión implica en la vida de un inmigrante. Por tanto, es inadmisibles que los criterios para fallar dependan de las posiciones ideológicas más o menos favorable hacia la inmigración de los jueces que componen un tribunal, o a la variabilidad para ponderar el peso y magnitud de un factor. En otras palabras, es inadmisibles para el principio de igualdad ante la ley que un inmigrante sea expulsado o no según qué tribunal tuvo la suerte de resolver su recurso¹².

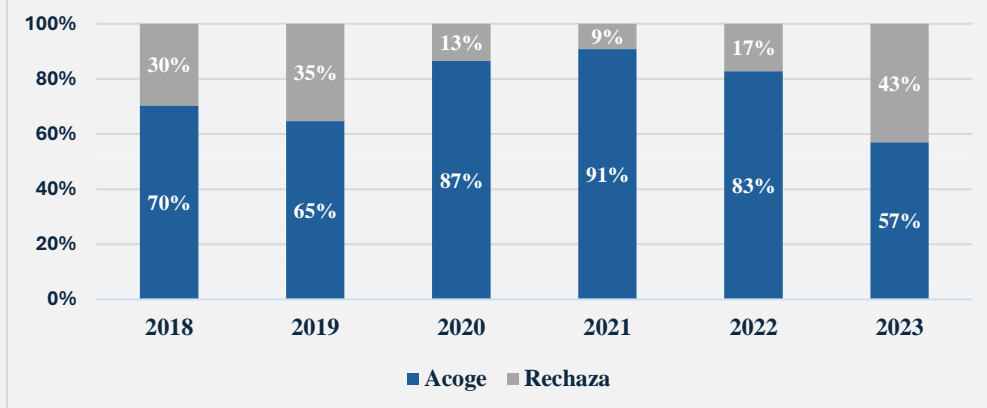
II.B) Evolución de los resultados en la Corte Suprema (2018-2023)

Por último, analizamos la evolución de los resultados en la segunda sala de la Corte Suprema durante el período 2018-2023. Lo primero es señalar que los años 2020 y 2021 los recursos acogidos alcanzaron su máximo con un 87% y 91% respectivamente (ver gráfico N°8). Al observar los fallos de esa época se aprecia que las circunstancias de la pandemia de COVID-19 jugaron un rol importante en acoger los recursos, dada la crisis y el peligro para la salud que representaba¹³. Luego del máximo alcanzado el 2021, se produce un cambio de tendencia, leve el 2022, y más pronunciado durante el año 2023 se rechazaron el 43% de los recursos interpuestos.

¹² Bajo esta perspectiva las diferencias en los resultados de los recursos de amparo entre las distintas Cortes de Apelaciones (ver gráfico N°3) puede ser indicativos de un problema más profundo de igualdad ante la ley.

¹³ A modo de ejemplo consultar los siguientes roles de la Corte Suprema: 84.329-2021, 82.325-2021, 71.555-2021.

Gráfico N°7: Evolución de los resultados en la Corte Suprema de las apelaciones de recursos de amparo (2018-2023)



En cuanto a los posibles factores que explicarían este cambio de tendencia es posible postular dos: primero, la entrada en vigencia de la Ley de Migración y Extranjería. Al analizar los resultados de los recursos que impugnaron decretos de expulsión dictados después de la entrada en vigencia, se observa que el 51% fue acogido y el 49% fue rechazado. El otro factor dice relación con los cambios en la integración, y pensamos que a futuro este elemento será decisivo para la configuración de la jurisprudencia respecto a la nueva legislación migratoria. Al medir la forma en la que han votado los ministros titulares de la segunda sala del último tiempo se observa un núcleo de votaciones conformado por los jueces Haroldo Brito, Jorge Dahm y Leopoldo Llanos; ministros que fueron importantes en los resultados de los amparos. En efecto, alrededor del 90% de las veces los referidos ministros votaron por acoger el recurso de amparo¹⁴.

Ahora bien, como es sabido los ministros J. Dahm y H. Brito cesaron en sus funciones a fines del año pasado, quedando la segunda sala compuesta por los ministros Manuel Valderrama, Teresa Letelier, Jean Pierre Matus, Cristina Gajardo y Leopoldo Llanos. Analizando los modos de votación de cada uno de ellos, aventuramos que podría venir un cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el sentido que se imponga un control de legalidad más estricto. Dicho de otro modo, en la medida que la Administración ajuste la expulsión a los procedimientos legales y la resolución esté fundada en los criterios del artículo 129, es muy probable que el recurso sea rechazado.

En principio esto pareciera no tener mucho sustento si consideramos en cómo han votado en general dichos ministros durante el período 2018-2023. Sin embargo, cuando se miden las votaciones con mayor detenimiento, en especial de los ministros Valderrama y Letelier, en ambos se observa una tendencia a rechazar los recursos salvo la existencia de razones justificadas, por ejemplo, la existencia de arraigo familiar o que la separación implicaría separar a hijos de sus padres. Por eso en la tabla N°6, señalamos los modos de votación sin considerar el año 2021, ya que éste fue un año anómalo en término de votaciones. Por ejemplo, nos encontramos con numerosos fallos en los cuales el ministro M. Valderrama acogía los recursos de amparo únicamente por las circunstancias de la pandemia; lo mismo se puede observar en la

¹⁴ A modo de ejemplo consultar los siguientes roles de la Corte Suprema: 76.203-2021, 82.324-2021, 10.216-2022, 138.367-2022, 23.5589-2023, 124.559-2023.

ministra T. Letelier¹⁵. Es así que cuando se elimina el año 2021, el porcentaje de rechazo de ambos ministros aumentó. Lo anterior se reafirma si miramos los modos de votación en recursos que M. Valderrama y T. Letelier fallaron bajo la nueva Ley de Migraciones: 86% y 74% respectivamente¹⁶.

En cuanto al ministro J. P. Matus existen indicios de una posición proclive a rechazar los recursos, sin embargo, el número de sentencias en que participó fue bajo, por lo cual es difícil realizar una predicción¹⁷. Respecto a la ministra C. Gajardo habrá que esperar sus votaciones bajo la nueva Ley de Migraciones dado que recién en enero de 2024 se integró como ministra titular de la segunda sala. Por último, el ministro L. Llanos con la salida de los ministros J. Dahm y H. Brito parece haber quedado en una posición más aislada, ya que como muestran sus patrones de votación, en casi todos los casos votó por acoger el recurso¹⁸. En consecuencia, es posible esperar una segunda sala que dada su composición proceda a resolver la impugnación de los decretos de expulsión en base a los parámetros establecidos en la nueva Ley de Migración y Extranjería, a saber, una evaluación de legalidad estricta, pero al mismo tiempo atenuada por la fijación de criterios de ponderación que la propia ley establece en el artículo 129 tantas veces referido.

Tabla N°6: Votaciones de los ministros de la segunda sala de la C.S. (2018-2023)

Ministros	2018-2023		2018-2023 (Sin 2021)		D°E° Post-2022	
	A Favor	En Contra	A Favor	En Contra	A Favor	En Contra
Haroldo Brito	90%	10%	88%	12%	67%	33%
Jorge Dahm	85%	15%	82%	18%	52%	48%
Leopoldo Llanos	96%	4%	98%	2%	100%	0%
Cristina Gajardo	77%	23%	73%	27%	0%	100%
Jean P. Matus	33%	67%	33%	67%	0%	0%
M. Teresa Letelier	63%	37%	56%	44%	26%	74%
Manuel Valderrama	47%	53%	35%	65%	14%	86%

¹⁵ A modo de ejemplo consultar los siguientes roles de la Corte Suprema: 81.350-2021, 78.703-2021, 76.021-2021.

¹⁶ A modo de ejemplo consultar los siguientes roles de la Corte Suprema: 98.622-2022, 83.835-2023, 87.936-2023, 105.042-2023.

¹⁷ A modo de ejemplo consultar la causa rol n°247.201-2023 de la Corte Suprema, en la cual el ministro Matus hace la siguiente prevención: “Se previene que el Ministro Sr. Matus concurre a la decisión, una vez desechada la indicación de declarar inadmisibile el recurso, por estimar que los hechos fundamentales del recurso no dan cuenta de una privación, perturbación o amenaza a la libertad personal o seguridad individual del amparado, en los términos previstos en el artículo 21 de la Constitución Política de la república”.

¹⁸ A modo de ejemplo consultar los siguientes roles de la Corte Suprema: 243.976-2023, 244.279-2023, 246.992-2023, 246.027-2023.

Reflexiones finales

A lo largo del presente informe hemos analizados dos aristas de la jurisprudencia migratoria que ha construido la segunda sala de la Corte Suprema. Dado que dicha jurisprudencia afecta la gestión migratoria, lo primero fue determinar el impacto que los recursos de amparo han tenido, a saber, dejar sin efecto —al menos— 4.082 decretos de expulsión. Si bien dicha cifra mirada en contexto es una parte menor de los problemas migratorios, es importante no minimizar el impacto que los tribunales pueden tener en el fenómeno migratorio, tal y como mostró **el año 2021, donde los tribunales dejaron sin efecto casi el 30% de los decretos de expulsión dictados ese año.**

La segunda arista fue analizar la evolución de los resultados de los recursos de amparo considerando que desde el 2022 en adelante se produce un cambio de tendencia, en el cual el rechazo de los amparos adquiere protagonismo. Ese cambio coincide con la entrada en vigencia de la nueva Ley de Migración y Extranjería, la cual subsanó importantes vacíos de la antigua legislación, en especial, las causales y procedimientos para expulsar inmigrantes. En ese sentido, la pregunta que se imponía era de qué manera este importante cambio legislativo influiría en la decisión de los tribunales.

Es difícil hacer una predicción categórica sobre la evolución jurisprudencial migratoria, dado que la entrada en vigencia de la Ley de Migraciones es relativamente reciente y aún existen muchos decretos de expulsión regidos por la antigua normativa. Con todo, existen importantes signos que indican que la jurisprudencia podría evolucionar a un control de legalidad estricto, junto con un juicio de proporcionalidad acotado. En otras palabras, dada la estructura de la actual legislación, la tarea tutelar de los tribunales en materia de expulsión debería consistir en revisar que la Administración se ajuste a las causales y procedimientos que habilitan a expulsar a un extranjero, y evaluar si en el caso particular concurren alguno de los criterios señalados por el artículo 129 para determinar la razonabilidad de la expulsión administrativa.

Si bien lo anterior, entrega discrecionalidad a los jueces, dicho margen es necesario dado los valores en juego y la trascendencia que una expulsión puede tener en la vida de una persona. Ahora bien, la contracara a esa discrecionalidad debe ser una interpretación y aplicación responsable de la Ley de Migración. Es decir, se debe evitar una aplicación mecánica y superficial de los criterios establecidos al artículo 129 así como la construcción de argumentos *ad hoc* que impongan requisitos o criterios de ponderación que no están contemplados en la ley. Lo segundo, es que debe propenderse a generar, en lo posible, uniformidad en la interpretación, ya que no es admisible, como ha ocurrido hasta hoy, que el destino de un inmigrante esté sujeto a algo tan azaroso y arbitrario como es la integración diaria de una sala o la composición de un tribunal. Ello es contrario a los principios más básicos de justicia. En síntesis, una jurisprudencia migratoria ajustada a la actual ley, unificada en su interpretación y aplicada a conciencia, debería desembocar en un correcto equilibrio entre los derechos del inmigrante y su vulnerable condición, junto con la necesaria certeza jurídica que necesita la Administración para gestionar adecuadamente el fenómeno migratorio.