

C.A. de Santiago

Santiago, diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

VISTOS Y TENIENDOPRESENTE:

PRIMERO: Que la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado deduce recurso de amparo en favor de **ANADALYS GARCÍA MARTÍNEZ**, ciudadana cubana, pasaporte N° 1581384, domiciliada para estos efectos en calle Cienfuegos N° 41, comuna de Santiago, y en contra de la **INTENDENCIA REGIONAL METROPOLITANA**, representada legalmente por su titular Karla Rubilar Barahona, por cuanto mediante la Resolución Exenta N° 274 de 28 de febrero de 2019, decretó orden de expulsión en su contra, sin que exista fundamento razonable para ello.

Explica que la amparada nació y se crio en la ciudad de La Habana, donde en el año 2005 obtuvo el título de Técnico medio en Informativa, emitido por el Instituto Politécnico “Mártires de Girón”, reconocido por el Ministerio de Educación de la República de Cuba. A pesar que residía en la indica ciudad que reside en la indicada ciudad junto a su madre y su sobrino, al no poder encontrar un trabajo digno y estable, la inestabilidad económica del país y la falta de libertad de expresión, decidió buscar un mejor futuro viajando a Chile al que ingreso por paso no habilitado dese Bolivia. Al llegar la ciudad de Santiago, se desempeñó como vendedora en una panadería.

Señala que el 22 de agosto de 2018 acudió a la Policía de Investigaciones para realizar una “auto denuncia” en virtud de la cual se emite y se le entrega una Tarjeta de Identificación de Extranjero Infractor. El 10 de septiembre del mismo año, presentó una carta en la Intendencia Metropolitana explicando los motivos de su ingreso clandestino, acompañando copia de su certificado de título y de antecedentes penales expedido por el Ministerio de Justicia de Cuba, copia de la Tarjeta de identificación entregada por la Policía Civil y d su pasaporte, pero la Intendencia estimó que dichos antecedentes no son suficientes para desvirtuar la infracción.

Indica que el 28 de febrero del año en curso la Intendencia dicta la Resolución Exenta N° 274, en la que se dispone su expulsión del territorio nacional, invocando la causal del artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094 y el

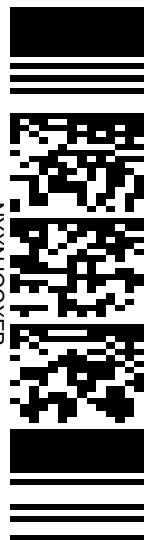


artículo 146 del Reglamento de Extranjería, la que le fue notificada el 7 de marzo del año en curso.

Refiere que el 15 de marzo pasado presentó ante la Intendencia un recurso de invalidación con el objeto de impugnar la orden de expulsión, al que fue rechazada mediante la Resolución Exenta N° 1.083, dejando firma el acto administrativo y agotando, de esta forma, la vía administrativa.

Hace presente que actualmente la amparada cuenta con la posibilidad de emplearse formalmente como recepcionista de la empresa “Médicos de Cuba SPA”, cuya oferta de contrato de trabajo contiene una cláusula de vigencia que implica que la obligación de prestar servicios sólo podrá cumplirse una vez que el trabajador haya obtenido la visación de residencia temporaria o el permiso especial de trabajo para extranjeros con visa en trámite. La amparada ha manifestado su intención de formar un proyecto de vida en Chile, la que tiene un nivel de educación calificado que le permitiría encontrar un trabajo bien remunerado que le ayudaría a enfrentar sus gastos en Chile. Asimismo destaca, que la Intendencia no ponderó el hecho que la amparada fue víctima del delito de tráfico ilícito de personas, atendida la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba en su país., lo que la obligó a migrar, topándose con estos traficantes de migrantes que aprovecharon dicha circunstancia en la que se encontraba, facilitando de este modo la entrada al país obteniendo un beneficio financiero, conducta que esta sancionada en el artículo 411 Bis del Código Penal.

Destaca que en virtud del “Proceso de Regularización Extraordinario” iniciado en el mes de abril de 2018, todos los extranjeros que se encontraban en situación migratoria irregular en el país podían inscribirse en dicho proceso, inclusive los que habían realizado un ingreso por paso no habilitado, por lo que la gravedad de dicho ingreso clandestino en la actualidad no es tal, debido a que no fue un impedimento para que pudiesen solicitar su regularización migratoria de miles de extranjeros por este medio, hoy poseen un visado temporario. Con lo que queda de manifiesto del Estado de Chile en ponderar determinados antecedentes y verificar, por medio de un test de proporcionalidad, si efectivamente la infracción a la Ley de Extranjería es tan gravosa que no permita la permanencia de un extranjero que haya ingresado de forma irregular al país. Lamentablemente, la amparada no alcanzó a inscribirse al procedimiento extraordinario, por lo que se vio imposibilitada de poder regularizar su situación migratoria para dicho medio.



Aduce que de acuerdo al artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094, la autoridad administrativa solo puede dictar expulsión por el delito de ingreso clandestino, cuando la persona sea condenada previamente por dicho delito y se encuentre cumplida la pena. En el presente caso, la orden de expulsión dictada se funda en la comisión de un delito de ingreso clandestino que no ha sido conocido por los tribunales competentes y, en consecuencia, no ha sido objeto de sentencia condenatoria que determine la existencia del delito y su participación, más allá de toda duda razonable, conforme al estándar de convicción del artículo 340 el Código Procesal Penal.

Afirma que la Intendencia invoca como único elemento material de la expulsión, la conducta tipificada en el Artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094, constaba en la descripción que realizó la Policía de Investigaciones en el Parte Policial N° 4.709 de 6 de septiembre de 2018, es decir, a la autoridad administrativa llevó adelante una valoración de los hechos propia de un Tribunal de la República, pasando a llevar los artículos 7° y 76 de la Constitución Política de la República.

Por otro lado, pone en relevancia que la autoridad regional denuncia los hechos y, en el mismo acto, se desistió de los mismos, provocando el sobreseimiento definitivo de la causa y la consecuente extinción de la acción penal, quedando de manifiesto que la Intendencia ha dictado una resolución que decreta la expulsión de la amparada, sobre un supuesto que no ha sido verificado en conformidad con lo señalado en la ley, deviniendo el acto en ilegal y carente de fundamento.

En efecto, tal como lo ha señalado esta Corte en casos similares, la Resolución Exenta N° 274 de la Intendencia Metropolitana es dictada en contravención al artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094, toda vez que no existe una condena por ingreso clandestino en contra de la afectada y mucho menos, se ha cumplido la pena correspondiente, por lo cual la orden de expulsión es improcedente.

Por otro lado, afirma que en Chile el ingreso clandestino es un delito, por lo que su comisión sólo puede ser acreditada por un juez del fondo en lo penal dentro de un justo y racional procedimiento, estimando que el artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094 debe ser comprendido como un tipo penal, ya que en aquel se contienen todos los elementos que definen un ilícito criminal. En efecto, establece una conducta típica y antijurídica a través de la fórmula “Los extranjeros que ingrese al país o intenten egresar de él



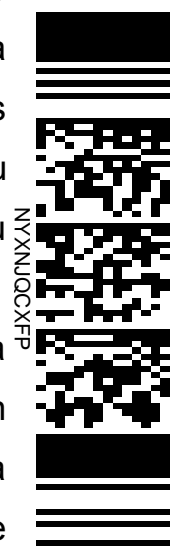
clandestinamente”. La exigencia de clandestinidad es una referencia a la culpabilidad como elemento del delito. Por último, la expulsión del territorio nacional es la pena o sanción que se impone al individuo.

Asegura que ninguno de los elementos de la reseñada norma pueden ser acreditadas per se por la autoridad administrativa sin la realización de un juicio penal que restablezca la responsabilidad criminal del inmutado, destruyendo la presunción de inocencia que opera en su favor y que al mismo tiempo permita el las demás garantías procesales, lo que no se produjo en este caso. A mayor abundamiento, la Intendencia hizo uso de su facultad de denunciar la conducta descrita en el aludido artículo 69, sin embargo se desistió de la denuncia, con lo que extinguió la responsabilidad penal en virtud del artículo 78 inciso final del Decreto Ley N° 1.094. Por lo que concluye que el fundamento utilizado por la Intendencia para decretar la expulsión de la afectada es la realización de una figura delictual que no ha sido acreditada por medio de un justo y racional procedimiento y cuya responsabilidad penal se encuentra extinta.

Agrega que el procedimiento al que fue sometida la amparada no se rigió a las reglas establecidas en la Ley N° 19.880, dado que sin el proceso penal que determine la participación culpable de la amparada, la autoridad o cuenta con fundamentos para tener por demostrada la culpabilidad; por lo que, conforme al artículo 35 de la señalada legislación, debió fijar un término probatorio, pero en este caso aquello no solo fue omitido, sino que ni siquiera se informó que estaba tramitando un procedimiento administrativo destinado a dictar una sanción en contra de la amparada.

Por último, asegura que la orden de expulsión constituye una contravención a las obligaciones estatales establecidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Política de la República, ya que atendida la vulnerabilidad de las personas migrantes, es deber del Estado de Chile promover el desarrollo de políticas que permitan qu a los ciudadanos extranjeros el pleno desarrollo de su persona y su integración en la vida nacional.

En definitiva, esgrime que es clara la ilegalidad y arbitrariedad en la actuación recurrida, en el entendido que la resolución que ordena la expulsión de la amparada no ha sido dictada en un caso expresamente previstos por la ley, pues no se configura en la especie la causa legal de expulsión que se



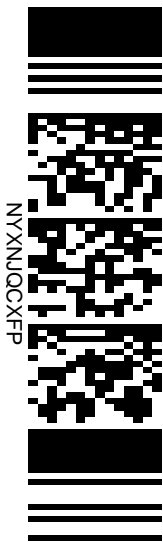
esgrime; además se ha omitido la realización de un justo y racional procedimiento para efectos de imponer la medida sancionatoria.

Por todo lo anterior, solicita que se restablezca el imperio del derecho dejándose sin efecto la Resolución Exenta N° 274 de 28 de febrero de 2019, dictada por la Intendencia de la Región Metropolitana de Santiago, por constituir una amenaza a la libertad ambulatoria de la amparada.

SEGUNDO: Que la Intendencia Regional Metropolitana comunica que mediante Informe Policial N° 4709 de 6 de septiembre de 2018 del Departamento de Policía Internacional de la Policía de Investigaciones de Chile, se denunció ante la Intendencia a la extranjera de nacionalidad cubana doña Anadalys García Martínez, quien ingresó al país de manera clandestina el 7 de julio del señalado año, evadiendo el control migratorio fronterizo entre Chile – Bolivia, trasladándose a Santiago, donde se autodenunció. Por lo anterior se resolvió expulsar a la recurrente del territorio nacional, por infracción al artículo 69 del Decreto Ley N° 1.094 y 146 del Decreto Supremo N° 597, pronunciándose en ese mismo acto sobre una carta presentada por la recurrente el 10 de septiembre de 2018, en la cual explicaba los motivos de su ingreso clandestino, acompañando diversa documentación, pero se consideró que no se aportaron antecedentes suficientes para desvirtuar la indicada infracción.

Indica que mediante presentación de 15 de marzo de 2019, la recurrente presentó recurso de invalidación de la sanción administrativa aduciendo una vulneración a los estándares establecidos por la Ley N° 19.880, específicamente, el principio de contradicción de su artículo 10°.

Señala que mediante Oficio N° 1.420 de 24 de abril de 2019, se citó a la recurrida una audiencia en dependencia de la Intendencia, presentándose el 2 de mayo de este año, levantándose acta de dicha audiencia, dando cumplimiento al artículo 53 de la Ley N° 19.880, en la que confirmó lo señalado en su prelación de 15 de marzo pasado, sin agregar nuevos antecedentes. Por Resolución Exenta N° 1.083 de 27 de junio pasado, se rechazó el recurso de invalidación en razón que los antecedentes entregados por la extranjera no fueron suficientes para desvirtuar la causal por la cual fue expulsada, esto es, el ingreso clandestino al territorio nacional, ya que no se portó ningún dato o información que acredite su ingreso legal al país, enmarcando el acto dentro de las atribuciones establecidas en la ley.



Afirma que el presente recurso es improcedente, ya que la Resolución Exenta N° 274, no adolece de ilegalidad ni afecta el derecho a la libertad personal de la recurrente, ya que ha sido dictada en cumplimiento de los requisitos de investidura, competencia y forma, haciendo ejercicio de las facultades y atribuciones que le han sido conferidas a la Intendencia expresamente por el artículo 2°, letra g) de la Ley N° 19.175 y los artículos 69 de la Ley de Extranjería y 146 de su Reglamento, para decretar una orden de expulsión, contra una extranjera que ingresó en forma clandestina al territorio nacional, eludiendo todo control fronterizo, siendo, en definitiva, dicha resolución una manifestación del ejercicio de a las competencias que el propio ordenamiento jurídico le otorga a este órgano administrativo, el que le impone el deber de ejercerlas so pena de incurrir en vulneración del principio de juridicidad que rige su actuación e incurrir en una abierta falta de servicio.

Sostiene que el numeral 1° letra b) del Decreto Supremo N° 818, de 13 de julio de 1983, del Ministerio del Interior, que delega en autoridades de Gobierno Interior atribuciones relativas a ciertos extranjeros, faculta a los Intendentes Regionales del país, para disponer la expulsión de aquellos “extranjeros infractores a artículo 146 del DS N° 597, respecto de los cuales el Intendente Regional respectivo haya obrado previamente conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Decreto Supremo en referencia”, esto es, que se haya presentado el requerimiento respectivo. En este sentido, conforme al artículo 78, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1094 de 1975, tanto el Ministerio del Interior como el Intendente Regional podrán desistirse de la denuncia o querrela en cualquier momento y el desistimiento extinguirá la acción penal.

Al respecto afirma que dicho desistimiento se enmarca dentro de los principios de la política migratoria, ya que se vislumbra como conveniente toda vez que resulta menos oneroso para el Estado de Chile, interrumpir el proceso penal que se sustancia actualmente en su contra y sustituir la pena eventual por la sanción administrativa establecida para estos casos, esto es, la expulsión de estos extranjeros del territorio nacional. Puntualiza que dicha sanción administrativa fue motivada por el Informe Policial N° 4709 de 6 de septiembre d 2018, en la que se consigna que la extranjera señala que “al estar en conocimiento de que a los ciudadanos cubanos, se les exige una Visa de Turismo para ingresar a Chile, decidí viajar este país ingresando en



forma clandestina (...) Sí sabía que ingresar a Chile clandestinamente era un delito, pero la necesidad me llevó a hacerlo”.

Manifiesta que la resolución que se pretende impugnar en caso alguno privó, perturbó o amenaza de forma ilegal o arbitraria la libertad ambulatoria de la amparada, sino que es una de las sanciones establecidas para una extranjera que ha contravenido la legislación migratoria vigente y, en consecuencia, ha inobservado el ordenamiento jurídico chileno, el cual es aplicable a todos los extranjeros que se encuentran en su posición, sin distinción. En este sentido, indica que la normativa legal y reglamentaria sanciona expresamente a aquellos extranjero que ingresen clandestinamente al territorio nacional, estableciéndose dentro de las causales que contempla la ley para la dictación de esta sanción la administración, se encuentra la existencia de extranjeros que hayan ingresado al país clandestinamente.

Por otro lado, afirma que la Intendencia puede dictar la medida de expulsión sin la existencia de una sentencia condenatoria en contra de la extranjera por el hecho de haber ingresado clandestinamente, con pleno apego al principio de juridicidad, atendida la revisión sistemática de los artículos 78 inciso segundo del D.L. N° 1.094, 146 inciso final y 158 inciso final del D.S. N° 597, de lo que se concluye que desistiéndose la Intendencia se extingue la acción penal, luego se debe disponer la inmediata libertad de los detenidos o reos, si fuera el caso, siendo estos los únicos requisitos previstos para que dicha administración disponga la expulsión del territorio nacional, sin exigir o condicionar dicha medida a una sentencia judicial firme y ejecutoriada, como pretende la recurrente.

Agrega que no se puede desconocer la denominada “autotutela declarativa y ejecutiva” de la Administración del Estado, consagrada expresamente en el artículo 3° inciso octavo de la Ley N° 19.880, la primera de las cuales implica que la administración cuenta con la prerrogativa de crear, modificar, o extinguir situaciones jurídicas sin requerir para ello el pronunciamiento previo de un tribunal de justicia y, la segunda, permite ejecutar sus declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de sus potestades públicas, de oficio, sin previo pronunciamiento o autorización judicial. De lo que se colige que, la ley ha dispuesto una regla reguladora de la carga probatoria, en el sentido de corresponder a los administrados demostrar la ilegalidad de los actos administrativos, lo que se entienden



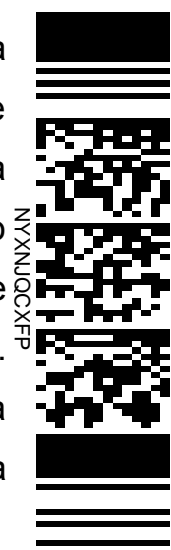
conforme a derecho hasta que no se demuestre lo contrario por el interesado y así sea declarado por un tribunal.

En el presente caso, arguye que la Intendencia Metropolitana ha hecho ejercicio de las facultades y atribuciones que le han conferido expresamente sobre la materia, con pleno respeto al principio de juridicidad que rige a todos los órganos del Estado, de las cuales solo es posible concluir que no es requisito para la dictación de una medida de expulsión por parte de esta Intendencia una resolución judicial previa que así lo autorice. Así por lo demás lo ha resuelto esta Corte de Apelaciones.

Refiere que no es debe perder de vista que la prosecución de un proceso penal hubiese sido, en definitiva más perjudicial para la extranjera, toda vez que además de tener que cumplir con la orden de expulsión, se hubiese visto expuesta a una eventual pena privativa de libertad, que resultaría más gravosa, pudiendo oscilar entre la de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.

En definitiva, sostiene que el acto administrativo cuestionado no es más que la muestra del estricto cumplimiento de la Intendencia Regional recurrida a de las normas que rigen su actuar y del compromiso hacia la construcción del fin último del Estado, el bien común, más aún cuando existen conducta antijurídica que vulneran el orden público nacional y la seguridad de sus habitantes, por lo que solicita que se rechace en todas sus partes el recurso de amparo presentado en su contra.

TERCERO: Que, el Jefe Nacional de Migraciones y Policía Internacional, Prefecto Inspector don Richard Bórquez Duque, indica que revisado el Sistema Computacional e Gestión Policial “Gepol” la amparada registra una medida de expulsión del territorio nacional mediante Resolución N° 274 de 28 de febrero de 2019 emanado del Ministerio del Interior, de la que fue notificada el 7 de marzo pasado, por su parte, la Policía de Investigaciones de Chile, mediante el Jefe Nacional de Migraciones y Policía Internacional, estando sujeta al control de policial internacional por el delito de “otras infracciones Polint (sic)”, mediante causa N° 4709 de 6 de septiembre de 2018, emanado de la Intendencia Región Metropolitana. Asimismo, consultada la base de datos “Archivo Nacional de Viajes”, la extranjera no registra movimiento migratorio alguno por paso habilitado a nivel nacional.



CUARTO: Que, la acción de amparo, prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, tiene por objeto proteger a las personas que ilegal o arbitrariamente sufren cualquier privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y/o a la seguridad individual, motivo por el cual y considerando que en definitiva el acto denunciado concierne a aquel en virtud del cual se resolvió la expulsión del país de la recurrente conforme al artículo 69 del Decreto Ley N°1069, sin justificación legal y sin cumplir con las exigencias legales.

QUINTO: Que, se pretende por el presente recurso, dejar sin efecto la Resolución N°274 de 28 de febrero del año en curso, la cual decretó la expulsión de doña Anadalys García Martínez, por ingreso clandestino al país, infringiendo lo dispuesto en los artículos 2°, 15 N°7 del Decreto Ley N°1064, y los artículos 2, 6 y 146 del Reglamento de Extranjería de 1984.

Conforme lo anterior, se aplicó la sanción prevista en el artículo 69 del Decreto Ley N°1094 en su inciso final correspondiente a la expulsión del territorio nacional.

SEXTO: Que, desde luego, es necesario hacer presente que no se ha discutido en el presente recurso el ingreso ilegal de la recurrente al país, a través de la frontera con Bolivia en julio de 2018, lo que es reconocido por la propia amparada, por lo tanto, ha ocurrido la infracción a la normativa citada en el considerando precedente, que también fue citada en la resolución que se busca dejar sin efecto. En ese sentido, conforme las normas infraccionadas y el hecho señalado, es procedente la sanción establecida en el artículo 69 de la Ley de Extranjería, impuesta por la Superintendencia Metropolitana de Santiago, mediante la Resolución N° 274 de 28 de febrero de 2019.

En cuanto a la alegación efectuada por la recurrente relativa a necesidad del cumplimiento de la pena a la que alude el referido artículo, como requisito de existencia previo a la expulsión del territorio nacional y la incidencia en esta decisión del desistimiento del requerimiento, esta carece de fundamento legal.

El artículo 158 del Reglamento y el artículo 78 de la Ley de extranjería señalan que el Ministro del Interior o Intendencia Regional, podrán desistirse de la denuncia o requerimiento en cualquier tiempo, dándose por extinguida la acción penal y por lo tanto en tal caso, el Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo y dispondrá la inmediata libertad de los detenidos. A su vez, el



artículo 146 del referido Reglamento, dispone que una vez cumplida la pena o una vez obtenida la libertad por el sobreseimiento definitivo conforme al artículo 158 del Reglamento, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional. Por lo tanto una aplicación armónica de la normativa señalada, permite concluir que es perfectamente posible, imponer la medida de expulsión del territorio nacional por ingreso ilegal al territorio nacional, una vez desistido del requerimiento respectivo, con lo que se extingue la acción penal, radicándose completamente los efectos de la tramitación en sede administrativa, donde la autoridad tiene íntegra competencia y potestad para resolver como representante en la Región del Presidente de la República, pudiendo, en consecuencia, ordenar la expulsión de quien ingresó ilegalmente al país y que a la fecha no ha resuelto su condición de extranjera irregular, sin que existan antecedentes, además, de la existencia de arraigo familiar o laboral y teniendo presente, que someter al extranjero a un proceso penal hasta su conclusión, le sería más perjudicial por la consecuente imposición y cumplimiento de una sanción criminal por el ilícito, reconocido por la extranjera, de ingresar de manera clandestina al territorio nacional.

Por lo tanto en mérito de la normativa ya expuesta, se concluye que no existe acto arbitrario o ilegal que amenace la libertad de la recurrida, en cuanto como se ha dicho, la Intendencia ha actuado dentro de la esfera de sus atribuciones dictando la resolución N° 274 de 28 de febrero de 2019.

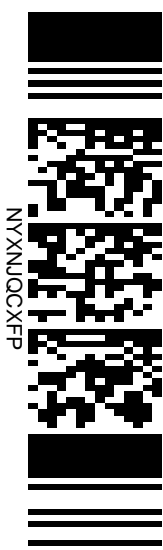
Por estas consideraciones y atendido, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre la materia, **se rechaza** el recurso de amparo deducido en favor de Anadalys García Martínez.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

N° Amparo-1880-2019.

Pronunciada por la **Octava Sala** de esta Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministro señora Mireya López Miranda e integrada por el Fiscal Judicial señor Jorge Norambuena Carrillo y por la Abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.





NYXNJQXFP

Pronunciado por la Octava Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Mireya Eugenia Lopez M., Fiscal Judicial Jorge Luis Norambuena C. y Abogada Integrante Paola Herrera F. Santiago, diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a diecisiete de septiembre de dos mil diecinueve, 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 08 de septiembre de 2019, 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>