

Santiago, quince de marzo de dos mil veintiuno.

**Vistos:**

Se reproduce el fallo en alzada con excepción de su fundamento duodécimo, que se elimina.

**Y se tiene en su lugar y, además, presente:**

**I.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Extranjería y Migración:**

**Primero:** Que se ha deducido recurso de apelación por el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogió parcialmente la presente acción constitucional y dispuso que el referido órgano, ingrese la solicitud de refugio de los actores que individualiza a tramitación, conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 20.430, en el plazo de diez días de comunicado el fallo.

**Segundo:** Que el inciso 2° del artículo 1° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado prescribe "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los Órganos y Servicios Públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos



Regionales, las Municipalidades y las Empresas Públicas creadas por ley". Por su parte, el numeral 7 del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, en lo que interesa, dispone que las funciones del Consejo de Defensa del Estado son, sin perjuicio de las otras que le señalen las leyes, las siguientes:

"7.- La defensa en los recursos de protección que se interpongan en contra del Estado, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, los servicios públicos centralizados, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente y las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, cuando así lo acuerde el Consejo."

Corresponde precisar, también, que conforme a la clasificación administrativa de los órganos del Estado, que se desprende de la Ley N° 18.575, el Departamento de Extranjería y Migración es un órgano dependiente de la Subsecretaría del Interior, de quinto rango jerárquico, sin personalidad jurídica ni patrimonio propio y sus jefaturas carecen de atribuciones directivas; acuerdo a lo establecido en el artículo 93 del Decreto Ley N° 1094, que "Establece Normas sobre Extranjeros en Chile", su



objetivo es ejecutar los decretos, resoluciones, órdenes e instrucciones que dicte el Ministerio del Interior con el fin de garantizar el cumplimiento de la legislación de extranjería vigente en el país, en el marco de la Política Nacional Migratoria del Gobierno de Chile.

**Tercero:** Que, teniendo presente lo anterior, el recurrido Departamento Extranjería y Migración es quien dedujo el recurso de apelación en examen, contraviniendo la normativa que gobierna la cuestión.

En efecto, conforme a lo explicado precedentemente dicha institución es un órgano administrativo que carece de personalidad jurídica y, consecuentemente, de capacidad para comparecer en juicio, siendo insuficiente la sola circunstancia de no constar en el proceso el acuerdo del Consejo de Defensa del Estado a que se refiere la norma transcrita, puesto que esa omisión no importa facultar al servicio centralizado o a alguno de sus órganos, para asumir su representación judicial.

En otros términos, cuando el Consejo de Defensa del Estado no comparezca impugnando la sentencia definitiva dictada en una acción cautelar de protección o decida no hacerlo, tal manifestación no le otorga competencia al órgano centralizado contra el que se ha recurrido para que pueda representar los intereses del servicio otorgando mandato judicial. En todo caso, conforme a la Carta Fundamental, ello requiere de autorización expresa



del legislador, circunstancia que en la especie no acontece.

La conclusión antes anotada no importa vulnerar el derecho a defensa de órgano público recurrido, primero, porque ese órgano puede intervenir en autos debidamente representado por el Consejo de Defensa del Estado, y, segundo, por cuanto esa garantía se encuentra debidamente resguardada durante la substanciación del recurso de protección en primera instancia, en los términos descritos en el numeral 3° del Auto Acordado de la Corte Suprema dictado sobre la materia, norma de carácter especialísima frente a la de carácter general más arriba transcrita.

**Cuarto:** Que, así entonces, el recurso de apelación deducido por el servicio público recurrida de protección, al no haber sido interpuesto por el Abogado Procurador Fiscal o su subrogante legal, no podrá ser admitido a tramitación.

Por estas consideraciones, se declara **inadmisible** el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública en contra de la sentencia de fecha uno de octubre de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.



**II.- En cuanto al recurso de apelación interpuesto por los recurrentes Adriana Ordoñez Dieguez y Aldo Suárez Robaina:**

**Quinto:** Que los recurrentes doña Adriana Ordoñez Dieguez y don Aldo Suárez Robaina, ambos de nacionalidad cubana, apelan de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 01 de octubre de 2020, que rechazó a su respecto el recurso de protección interpuesto en contra del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública por la negativa a la recepción de solicitud de refugio con sus respectivos antecedentes y el envío de los mismos a la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado.

**Sexto:** Que, además de otros argumentos, el recurrido ha esgrimido como impedimento para acceder a las mencionadas solicitudes de refugio la existencia de órdenes de expulsión vigentes, dictadas al amparo de lo dispuesto en los artículos 15, 69 y 84 del Decreto Ley N° 1094 de 1975 y en el artículo 26 del D.S. N° 597 de 1984, que contiene el Reglamento de la Ley de Extranjería, debido a su ingreso clandestino al territorio nacional.

**Séptimo:** Que, de los antecedentes allegados al expediente electrónico, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, resulta posible tener por establecidos los siguientes hechos:



1) Mediante Informe Policial N° 202 de 31 de octubre de 2018, la recurrente doña Adriana Ordoñez Dieguez fue denunciada por la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) a la Intendencia Regional del Maule por haber ingresado al territorio nacional en forma clandestina, decretándose su expulsión del país por Resolución N° 155 de 21 de febrero de 2019, de la mencionada Intendencia Regional; acto administrativo en contra del cual la actora no interpuso recurso administrativo o jurisdiccional.

2) En virtud de Parte Policial N° 5254 de 5 de noviembre de 2018, el recurrente don Aldo Suárez Robaina fue denunciado por la PDI a la Intendencia Regional Metropolitana por haber ingresado al territorio nacional en forma clandestina e indocumentada, decretándose su expulsión del país por Resolución N° 80 de 13 de enero de 2020, de la mencionada Intendencia Regional; acto administrativo en contra del cual el denunciado no interpuso recurso administrativo o jurisdiccional.

3) Que, del mismo modo que en el caso de los otros recurrentes, esta Corte tiene por establecido que doña Adriana Ordoñez Dieguez y don Aldo Suárez Robaina, presentaron sendas solicitudes de refugio ante el recurrido, conforme a las disposiciones contenidas en la Ley N° 20.430 y su Reglamento, con el mérito de la documentación por ellos acompañada, apreciada conforme



con las reglas de la sana crítica. Es más, en el caso del actor señor Suárez Robaina, el recurrido reconoció en su informe que éste concurrió a sus dependencias con fecha 1 de abril de 2019, aunque niega que en esa oportunidad el actor haya solicitado refugio conforme a las disposiciones de la Ley N° 20.430 y su Reglamento.

**Octavo:** Que, para resolver el asunto sometido a examen, es preciso considerar que el Estado de Chile ha ratificado y se encuentra vigente, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, que se aplica, entre otros casos, a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por "motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país" (Art. 1° letra a) N° 2). En cuanto a la medida de expulsión, el artículo 33 N° 1 prescribe que: *"Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas"*.

**Noveno:** Que, tratándose del derecho interno, el artículo 15 N° 8 del Decreto Ley 1094 de 1975 -Ley de



Extranjería- establece la prohibición de ingreso al país de extranjeros en los siguientes casos: "(...) N° 8: Los que habiendo incurrido en la comisión los delitos tipificados en el inciso primero del artículo 68 y en el artículo 69, y a su respecto hubieren prescrito las acciones penales o las penas correspondientes, en su caso, encontrándose fuera del territorio nacional". A su vez, los incisos 1° y 2° del artículo 69 disponen 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". El inciso final agrega: "Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional".

Por su parte, el artículo 84, en lo que interesa al recurso, señala 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". El artículo 90 establece: "La medida de expulsión deberá notificada por escrito al afectado, quien podrá en dicho acto, si ello fuere procedente, manifestar su intención de recurrir en contra de la medida o conformarse con ella. En este último caso, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite. Transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no ser éste procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la autoridad a que se refiere el artículo 10 procederá a cumplir la expulsión ordenada".*

A nivel reglamentario, el artículo 26 del D.S. N° 597 de 1984 prohíbe el ingreso al país de: "(...) N° 6: Los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por resolución o decreto supremo sin que previamente éstos se hayan derogado".

**Décimo:** Que, en cuanto a la Ley N° 20.430, su artículo 4 inciso 1° establece: "No Devolución. No procederá la expulsión o cualquier medida que tenga por efecto la devolución, incluyendo la prohibición de ingreso en frontera, de un solicitante de la condición de refugiado o refugiado al país donde su vida o libertad personal peligren". A su vez, el inciso 1° del artículo 5 agrega: "La expulsión de un solicitante de la condición



de refugiado o refugiado que se halle en el territorio nacional, no podrá disponerse sino de manera excepcional, cuando razones de seguridad nacional o de orden público así lo justifiquen. Esta medida deberá adoptarse conforme a los procedimientos legales vigentes". El artículo 6 preceptúa: "No Sanción por Ingreso Clandestino y Residencia Irregular. No se impondrán a los refugiados sanciones penales ni administrativas con motivo de su ingreso o residencia irregular, siempre que se presenten, dentro de los diez días siguientes a la infracción a la legislación que establece normas sobre extranjeros en Chile, ante las autoridades, alegando una razón justificada. Respecto de los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiados que hayan ingresado o que residan irregularmente en el territorio nacional, no se aplicarán las restricciones de circulación establecidas por las normas generales sobre extranjeros, cuando aquellos se hayan visto forzados a recurrir a redes de tráfico ilícito de migrantes como forma de asegurar su ingreso al territorio y obtener protección".

Por su parte, el artículo 32 del D.S. N° 837 de 2011 -Reglamento de la Ley N° 20.430- señala, en lo que importa, que: "Los extranjeros afectados por una medida de prohibición de ingreso, expulsión vigente o que se encuentren obligados a abandonar el país, sólo podrán



*formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado siempre que dichas medidas hayan sido previamente suspendidas o dejadas sin efecto. En todo caso, se garantizará el Principio de No Devolución al extranjero que no obstante encontrarse afecto por las señaladas medidas manifieste la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, mientras se resuelve al respecto”.*

**Undécimo:** Que, en el basamento séptimo, esta Corte tuvo por establecido que doña Adriana Ordoñez Dieguez y don Aldo Suárez Robaina solicitaron refugio al recurrido, invocando la Convención de Ginebra de 1951, la Ley N° 20.430 y su Reglamento.

Lo anterior es trascendente puesto que, a diferencia de lo argüido por el Departamento de Extranjería y Migración, las personas mencionadas sí poseen la calidad de refugiados y, por consiguiente, dicha repartición tenía la obligación de poner los antecedentes en conocimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de refugiado en el más breve plazo, atendido el claro tenor del artículo 27 de la Ley N° 20.430, deber que el recurrido reconoce no haber cumplido, al entender que los actores no reunían la condición de “refugiados”.

**Duodécimo:** Que, así las cosas, lo que esta Corte debe dilucidar es si la existencia de órdenes de expulsión



vigentes, decretadas por la autoridad competente con anterioridad a la solicitud de refugio, constituye o no un impedimento para solicitar refugio conforme a la Convención de Ginebra, a la Ley N° 20.430 y su Reglamento.

Sobre el punto, en una primera aproximación al problema la respuesta debiera ser negativa, toda vez que el inciso 3° del artículo 32 del Reglamento de la Ley N° 20.430 dispone que: *"Los extranjeros afectados por una medida de prohibición de ingreso, expulsión vigente o que se encuentren obligados a abandonar el país, **sólo podrán formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado siempre que dichas medidas hayan sido previamente suspendidas o dejadas sin efecto (...)**". Sin embargo, la misma disposición agrega que: **"En todo caso, se garantizará el Principio de No Devolución al extranjero que, no obstante encontrarse afecto por las señaladas medidas manifieste la intención de formalizar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, mientras se resuelve al respecto"** (Énfasis agregado).*

Como se indicó, el principio de no devolución se encuentra establecido en los artículos 31 y 33 de la Convención de Ginebra y en el inciso 1° del artículo 4 de la Ley N° 20.430, en términos de una prohibición para el Estado de expulsar o disponer cualquier medida que tenga por resultado la devolución del extranjero a su país de



origen o a otro cualquiera, siempre que se hubiere solicitado la condición de refugiado, que es precisamente lo que acontece en el presente caso.

**Décimo tercero:** Que la interpretación anterior es la que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otros, en el caso *"Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia"*. En efecto, por sentencia de 25 de noviembre de 2013, la Corte señaló que la detención de una persona en situación migratoria irregular nunca debe ser con fines punitivos, además de que el Estado debe analizar cada caso y considerar medidas menos restrictivas.

Por otra parte, y en cuanto al punto específico de la solicitud de refugio, la Corte privilegió el derecho de buscar y recibir asilo, así como el principio de no devolución, contenidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales no fueron respetados por el Estado de Bolivia al rechazarse su solicitud de refugio sin un adecuado análisis.

La Corte incluso va más allá, al extender el principio de no devolución a personas que no son solicitantes de asilo o refugio cuando *"su vida, integridad y/o libertad (e incluso formas del debido proceso) estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentra"*.



[https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=376](https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=376))

**Décimo cuarto:** Que, de la manera en que se reflexiona, por razones de jerarquía normativa, de control de convencionalidad y en cumplimiento del deber de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que al Estado imponen la Convención de Ginebra, la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 5 inciso 2° de la Constitución Política de la República, se debe concluir que tales preceptos y principios han de prevalecer frente a los artículos 6° de la Ley N° 20.430, y 8 y 32, inciso final, de su Reglamento. En consecuencia, aun cuando las órdenes de expulsión de los recurrentes son anteriores a las respectivas solicitudes de refugio y se encuentran vigentes, se debe preferir la aplicación de las disposiciones de rango constitucional, que propenden a la no devolución de los ciudadanos extranjeros que han solicitado refugio conforme al ordenamiento jurídico.

**Décimo quinto:** Que, sólo a mayor abundamiento, es un hecho de la causa que la autoridad migratoria y de extranjería no ha ejecutado materialmente las órdenes de expulsión con anterioridad a la solicitud de refugio, por lo que no puede pretender hacerlas efectivas ahora y negarse a tramitar la solicitud invocando preceptos del derecho interno que pugnan con la normativa internacional



y constitucional de protección de la condición de refugiado y el principio de no devolución.

**Décimo sexto:** Que, por consiguiente, sólo cabe concluir que la situación de los recurrentes Adriana Ordoñez Dieguez y Aldo Suárez Robaina es idéntica a la de los demás protegidos, de manera que operan a su favor las mismas consideraciones vertidas en el fallo en alzada respecto de los demás recurrentes.

**Décimo séptimo:** Que, por todo lo razonado, se acogerá el recurso en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca, en lo apelado,** la sentencia de uno de octubre de dos mil veinte y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección deducido por la abogada María Sáez Vila en contra del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, y en consecuencia se ordena que dicha autoridad deberá admitir a tramitación la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado de doña Adriana Ordoñez Dieguez y don Aldo Suárez Robaina, conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 20.430 dentro del plazo de 5 días de ejecutoriada la presente sentencia.



Acordada la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación deducido por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, **con el voto en contra** de la Ministra señora Vivanco y del Abogado Integrante señor Quintanilla, quienes estuvieron por admitir a tramitación el recurso y entrar a conocer del fondo del mismo, en atención a los siguientes fundamentos:

1.- Tal como se expresó en el voto de mayoría, el artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, dispone cuáles son las funciones del Consejo de Defensa del Estado, entre las que se comprende la contemplada en su N° 7, esto es: "Asumir la defensa en los recursos de protección que se interpongan en contra del Estado, los gobiernos regionales, las municipalidades, los servicios públicos centralizados, las instituciones o servicios descentralizados territorial o funcionalmente y las entidades de derecho privado en que el Estado o sus instituciones tengan aportes o participación mayoritarios o igualitarios, cuando así lo acuerde el Consejo".

2.- Como se evidencia de la lectura del precepto transcrito, a diferencia de materias en que el Consejo de Defensa del Estado asume naturalmente y por mandato de la



ley, la defensa de los intereses fiscales, tratándose de recursos de protección deducidos contra diversas instituciones públicas, tal defensa sólo se asume de acordarlo así el Consejo.

3.- En consecuencia, si por cualquier razón tal acuerdo no se produce, más aún cuando no consta siquiera que la decisión de no representación tenga fundadas razones, los derechos e intereses de tal institución quedan en la indefensión. Podría pensarse, como se colige del voto de mayoría en estos autos, que ello no tiene relevancia si se trata de entidades sin personalidad jurídica propia, las que estarían desprovistas de titularidad de tales derechos o intereses. Sin embargo, tales entidades sí tienen entre sus cometidos de defensa ciertos derechos e intereses de diversa naturaleza, que están bajo el alero de la Administración central pero que no por ello carecen de existencia propia y que, en no pocos casos, se relacionan con patrimonios de afectación o con intangibles de importancia para el Estado mismo, para sus miembros o incluso la ciudadanía en general.

4.- En las circunstancias descritas, tales derechos o intereses no contarán con ningún tipo de cautela salvo que la entidad opte por una defensa diversa, más que por decisión, por necesidad. Ello es particularmente importante frente a la acción de protección, la cual respecto de la entidad recurrida implica necesariamente



la imputación de haber cometido una acción ilegal o arbitraria o haber incurrido en una omisión de las mismas características, afectando en ambos casos con su actuar al Estado de Derecho.

5.- En la especie, el procedimiento de protección resulta desformalizado y de breve plazo para proteger los derechos del afectado y darles pronta cautela, pero ello no puede justificar desconocer la necesaria bilateralidad de la audiencia y el derecho a defensa respecto del recurrido, quien debe gozar también de la oportunidad procesal de defender su posición con los argumentos y recursos que el Derecho le franquea, más aún si en la primera instancia se le ha permitido hacerse parte y actuar en el proceso, como ocurre en el caso que nos ocupa.

6.- De ese modo, declarar inadmisibile el recurso interpuesto en la segunda instancia, basada tal decisión en la ausencia de procurador fiscal que represente a la parte recurrida, importa a juicio de estos disidentes desconocer el derecho a la defensa jurídica que a ésta le asiste en conformidad al artículo 19 N° 3 de la Constitución y al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normas que han de primar sobre preceptos legales limitativos, sin perjuicio de lo que se decida en el fondo al conocer del referido recurso.

Regístrese y devuélvase.



Redacción a cargo de la Ministra Sra. Vivanco.

Rol N° 131.056-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Sandoval por haber cesado en funciones.



En Santiago, a quince de marzo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

