

Algunos criterios del Tribunal Constitucional sobre el estatuto jurídico de las personas extranjeras en Chile

*Selected criteria applied by the Constitutional Court
to the legal status of foreigners in Chile*

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA¹
Universidad de Talca

RECEPCIÓN: 30/11/14 • ACEPTACIÓN: 30/11/14

RESUMEN Este trabajo revisa algunos criterios del Tribunal Constitucional en relación al inciso primero del art. 13 del DL N° 1094, que regula la expulsión de las personas extranjeras en Chile. La norma fue dictada por la Junta Militar el año 1975. Se analizará la invocación del DIDH y Derecho Constitucional como límite frente a los poderes del Estado; la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma pre-constitucional y pre-convencional por vulnerar derechos fundamentales y la formulación de un estatuto jurídico de los extranjeros a la luz de la Constitución y el DIDH.

PALABRAS CLAVE Expulsión de Extranjeros, Decreto Ley 1094, Tribunal Constitucional, derechos fundamentales, derecho internacional.

ABSTRACT This paper reviews some criteria of the Constitutional Court in relation to the first paragraph of Article 13 of Decree N° 1094, which regu-

1. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca, Correo electrónico: lgaldamez@utalca.cl.

lates the expulsion of foreigners from Chile. This legal norm was adopted by the military junta in 1975. We analyse the invocation of IHRL and the Constitutional Law as a deterrent of the powers of the State; the declaration of inapplicability [of the norm] due to its unconstitutionality and its pre-constitutional and pre-conventional nature which violates fundamental rights and development of a legal status of foreigners in the light of the Constitution and international human rights law and norm.

KEYWORDS Expulsion of aliens, Decree Law 1094, Constitutional Court, fundamental rights, international law.

Introducción

En Chile la migración se encuentra principalmente regulada en el DL 1094 dictado por Augusto Pinochet en 1975, conocido también como «Ley de Extranjería». Dicha norma regula la admisión de los extranjeros, la situación en que se encuentran en Chile y su expulsión. Como ocurre con otras normas que perduran desde la dictadura, el contexto en que se dictó propició la vulneración de derechos fundamentales y su actual vigencia está en entredicho con diversas garantías contenidas en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos del que Chile es parte. Además, la norma se dicta al inicio de la dictadura en un escenario político crispado por la doctrina de seguridad nacional, donde las personas no nacionales fueron consideradas en muchos casos sospechosas de estimular, proteger o participar en los movimientos que propiciaban el retorno a la democracia o por vincularse a los sectores políticos que apoyaban lo que fue la llamada *vía chilena al socialismo*.

Como es de sobra sabido, primero los jueces ordinarios, amparándose en tratados internacionales sobre derechos humanos, elaboraron la doctrina que construyó jurídicamente los argumentos para poner freno a la impunidad de violaciones graves a los derechos humanos; en armonía con la Corte IDH y las recomendaciones que se contienen en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*.

Se debe tener presente, en relación al DIDH, que el año 2005 el Estado chileno aprobó la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, que junto a otras normas provenientes del DIDH contribuyen a la reformulación del estatuto jurídico de las personas extranjeras y permiten desactivar las atribuciones discrecionales otorgadas al Ministerio del Interior para su expulsión.

En este contexto, es ahora el Tribunal al que corresponde pronunciarse sobre un problema que aún no ha sido suficientemente abordado por la doctrina y que se refiere a los derechos y obligaciones que corresponden a los extranjeros durante su residencia en el país.

Este trabajo se elabora teniendo a la vista dos sentencias de 2013: principalmente la rol 2273-12-INA de 4 de julio de 2013 (en adelante caso A) y la rol 2257-12-INA (en adelante caso B)².

I. Antecedentes del caso A

A. Los hechos

La discusión se produce a propósito de la constitucionalidad de algunas normas contenidas en el DL 1094 (de 1975), que regula la situación de las personas extranjeras en Chile y que consagra la discrecionalidad de la autoridad

2. En la segunda sentencia los supuestos de hecho se refieren también a la orden de abandonar el país que se extiende a una ciudadana de origen haitiano. En este caso la requirente presenta un recurso de protección contra dicha orden y enseguida una inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de «tres preceptos reprochados -que ha permitido a la autoridad administrativa ordenar legalmente que la requirente abandone el país y que eventualmente permitiría, además, que los Tribunales Superiores aceptaren la respectiva orden de abandono- contraviene o no diversos derechos asegurados por la Constitución Política». En este caso la requirente había presentado un contrato de trabajo falso y por esta razón se rechazó su visado. Ante un oficio enviado desde el Tribunal Constitucional al Ministerio del Interior, este informó sobre el estado en que se encontraba la requirente: «Cabe consignar, respecto de la última medida decretada, que el oficio N° 22035, de 20 de diciembre de 2012, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señala que la señora Sonia Fortilus, requirente en autos, es titular de visa temporaria por embarazo por el plazo de un año, la que fue otorgada mediante Resolución Exenta N° 87.375, de fecha 22 de agosto de 2012, dejándose sin efecto la Resolución Exenta N° 53.066, de fecha 12 de julio de 2011, en la cual se rechazaba su solicitud de visa y disponía su abandono del país en el plazo de 15 días. Se señala que, por ello, la señora Fortilus puede inscribir el nacimiento de su hijo en el Servicio de Registro Civil e Identificación, por su calidad de residente con visa temporaria, vigente hasta el 31 de agosto de 2013. Se indica asimismo que puede solicitar cédula de identidad para extranjeros y que, dado que su hijo nació en el territorio nacional y que doña Sonia Fortilus tiene la calidad de residente, éste puede ser inscrito como chileno».

administrativa para ordenar la expulsión de los extranjeros.

El proceso inicia por un recurso de protección como antesala del recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. El recurso se interpone contra la autoridad administrativa que ordena a la parte recurrente, un ciudadano haitiano residente en Chile, abandonar el país.

A través de la inaplicabilidad se insta al TC a determinar si la aplicación de 3 normas del DL 1094 que «han permitido a la autoridad administrativa ordenar que el requirente abandone el país y que eventualmente permitiría que los tribunales superiores aceptaran las respectivas órdenes de abandono, contraviene o no diversos derechos asegurados por la Constitución Política».

En este caso, además, el Tribunal considera que el Departamento de Extranjería y Migración actuó con negligencia al ordenar el abandono del país, ya que no proporcionó información actualizada sobre la situación migratoria del recurrente, por lo que incluso éste debió recurrir al Consejo para la Transparencia y otras entidades para obtener información. En respuesta a esta solicitud se dictó la resolución exenta N° 95.925, que revoca su visación de residencia y le ordena abandonar el país. En este sentido dice el Tribunal: «Luego de las reseñadas negligencia y colaboración de órganos estatales, y teniendo en su poder la orden contenida en la resolución exenta N° 95.925, que revoca su visación de residencia y le ordena abandonar el país, interpuso un recurso de protección en su contra, el que constituye la gestión judicial invocada en estos autos...».

Con base en la resolución exenta No 95.925, donde se revoca el visado del recurrente, se recurre de protección y se solicita la inaplicabilidad. El requerimiento se acoge parcialmente y declara inaplicable el inciso primero del artículo 13 del DL No 1094 «que establece que las atribuciones del Ministerio del Interior, para el otorgamiento y prórroga de visaciones, se ejercerán discrecionalmente, atendiendo a la utilidad o conveniencia que reporte al país su concesión».

B. Los derechos vulnerados

La parte requirente considera que la expulsión vulnera el principio de igualdad y el principio de inocencia por no existir un proceso racional y justo. Previamente la Dirección del Trabajo había resuelto que el contrato de trabajo del recurrente era falso, antecedente considerado al momento de la orden de expulsión, sin embargo, la parte recurrente alega que dicha orden no habría

procedido en caso que se tratara del contrato de trabajo de un chileno. Esta desigualdad, afirma, se ve agravada por no existir posibilidad de descargo ante la autoridad administrativa.

En relación a los derechos que se estiman vulnerados, el Tribunal concluye que el principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjero, salvo expresa habilitación constitucional.

«CUADRAGÉSIMO: Que la inexistencia de distinciones en la Constitución respecto de la titularidad de derechos fundamentales entre extranjeros y nacionales, sumada al hecho de que la norma fundamental no dispone de reglas que habiliten la privación, a todo evento, del derecho de circulación y residencia de los extranjeros en Chile, obliga a cambiar el modo de analizar estas competencias. Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país;

Es así como, según ya dijimos, el Estado puede condicionar su consentimiento al ingreso de un extranjero al país, bajo una serie de requisitos normativos previstos por la ley y que deben cumplirse, relativos a circulación, residencia, empleo o condiciones generales a observar por el extranjero en situación de tránsito. Sin embargo, una vez que un extranjero entra legalmente al país, la naturaleza e intensidad de sus derechos fundamentales se modifica, especialmente si se es un inmigrante...

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que según lo expuesto se concluye en acoger el presente requerimiento por estimar que el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094 es contrario a la Constitución, produce efectos inconstitucionales en el caso concreto y vulnera el artículo 19, N°s 2°, 3° y 7°, de la Constitución Política».

C. La norma impugnada y declarada inconstitucional

«Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose en especial a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, previo informe de la Dirección General de Investigaciones.»

Este precepto, afirma el TC «establece la prerrogativa del Ministerio del Interior para otorgar, prorrogar y conceder visados temporales o permanentes según un conjunto de tres criterios: la conveniencia que reporte al país su otorgamiento; la utilidad del mismo y la reciprocidad internacional en la materia. Adicionalmente, esta discrecionalidad amplia está limitada a la concurrencia de un requisito formal: la existencia de un informe previo de la Dirección General de Investigaciones».

El Tribunal considera que «Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno».

II. Los límites de la discrecionalidad elaborados desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución y los principios del ordenamiento chileno en relación a los extranjeros

Según la RAE, discrecional «Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas». La discrecionalidad es entendida como la ausencia de causa fundada o una motivación, no recogida previamente por el legislador sino por el ente que decide, cada vez y en cada caso una situación concreta. Se entiende la discrecionalidad como la ausencia de reglas. Sumado a esto, estamos además en presencia de una decisión contra la que no se puede recurrir, la negación del acceso a la jurisdicción.

Es central en este caso el cuestionamiento del TC a la ausencia de fundamentación y tutela de derechos que se produce en una legislación carente de sustento democrático.

A. Los límites provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El tribunal hace referencia a las obligaciones contraídas por el estado chileno en el marco de los siguientes tratados sobre derechos humanos: Convención de Ginebra de 1951 sobre Refugiados; art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos, art.2.3. Sin embargo, llama nuestra atención que el Tribunal no se refiera a la Convención Interna-

cional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005. No explica el TC las razones para no invocarla. En mi opinión esta omisión se relaciona con la ausencia de un tratamiento sistemático para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No existe conocimiento y difusión acabada de los tratados que en este ámbito Chile ha ratificado, el análisis de los derechos fundamentales a la luz de tratados se hace caso a caso, esta es una materia de histórica discusión. La falta de difusión y conocimiento de estos instrumentos es un problema serio, sí efectivamente los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales ratificados y que se encuentran vigentes, son un límite al ejercicio de la soberanía (art.5 Inc. 2 de la Constitución).

Además, en esta cuestión ya existe un Informe del Comité de Naciones Unidas sobre Protección de todos los trabajadores Migratorios y sus familias, cuyas Observaciones en Informe sobre Chile, de septiembre de 2011 se señala, «El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para que los trabajadores migratorios tengan oportunidad de interponer recursos de apelación contra las decisiones de expulsión, en particular la ampliación del plazo de presentación de recursos contra las decisiones de expulsión, y para que el marco jurídico que regula los procedimientos de expulsión/deportación se aplique adecuadamente»³

En cuanto a la invocación de tratados internacionales, el Tribunal invoca un conjunto de tratados ratificados y los aborda exhaustivamente, como pocas veces ocurre en su jurisprudencia.

B. Los límites provenientes del Derecho interno y la Constitución: igualdad y acceso a la justicia

Luego de una detallada revisión del histórico tratamiento de los extranjeros en el ordenamiento nacional, el TC opina que se ha superado la ambigüedad que limitaba los derechos fundamentales únicamente a los «habitantes de la Nación», propia de la Constitución de 1833. Que dichos derechos se extienden a las personas extranjeras no solo a las naturales sino también a las jurídicas. Que su límite se encuentra en el ámbito territorial y que en este ámbito sus de-

3. NACIONES UNIDAS (2011). Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Informe-Comit%C3%A9-de-Trabajadores-Migratorios-Chile-sept-2011.pdf>>. [Fecha de consulta: 26 de Septiembre de 2013].

rechos deben interpretarse a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴.

Por otra parte y en relación con el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional considera que dicho principio «no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjero, salvo expresa autorización constitucional» (considerando vigésimo noveno).

En definitiva, en cuanto al derecho a la entrada de los extranjeros al país este debe ser analizado a la luz de la igualdad ante la ley y la «prohibición de discriminación».

Considera la distinción entre extranjero y un nacional como una de las llamadas distinciones sospechosas, en la medida que requiere una habilitación constitucional previa.

El Tribunal centra su argumentación en el reconocimiento de la dignidad sin distinción, consagrada en el art. 1 de la Constitución y exige mayor argumentación para introducir la «necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos»(considerando trigésimo). De esta

4. «QUINCUGÉSIMO: Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2º de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona».

manera «las prohibiciones, como sería el impedimento expreso de ingresar al país, o las privaciones que se deducen de una regulación tan intensiva que impide el acceso al derecho mismo, deben tener una habilitación constitucional expresa. En cambio las limitaciones se fundan en la Constitución y, normalmente, en apoderamientos al legislador bajo las reglas propias de la reserva legal y con las restricciones jurídicas que nacen del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial de los derechos» (considerando trigésimo).

En definitiva a la luz de estos conceptos, la normativa invocada obliga a cambiar el modo de analizar las competencias de la autoridad administrativa. «Por tanto, el punto de vista correcto es sustituir la máxima discrecionalidad de orden público de la potestad administrativa de policía de seguridad del Ministerio del Interior, en materias de extranjería, por un enfoque de derechos en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país» (considerando cuadragésimo).

Se trata en definitiva de un «nuevo estándar» dice el Tribunal, y enseguida propone lo que será el estatuto de las personas extranjeras, convirtiendo esta sentencia en lo que se ha llamado por la doctrina una sentencia atípica⁵, es decir, de aquellas en que el TC no se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma, si no que propone vía interpretativa un estatuto jurídico conforme a derecho.

III. Estatuto jurídico de los extranjeros

Enseguida, otra cuestión excepcional en esta sentencia, se produce porque el Tribunal desarrolla, construye el estatus jurídico de las personas extranjeras en Chile conforme a derecho. En este ejercicio el Tribunal trata de la misma manera y sin distinciones, diversos tratados internacionales, algunos de vigencia anterior al DL 1094 y otros posteriores, como la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Chile en 1990). El DIDH introduce limitaciones y re define los contenidos del DL 1094 a la luz de los nuevos compromisos asumidos por el Estado.

El tratamiento sin distinciones para los tratados que inciden en esta materia es otra de las cuestiones que queremos resaltar. En la medida que ellos

5. ZAPATA (2006). Disponible en <http://www.cecococh.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/4n_2_2006/7.pdf>. [Fecha de consulta: 3 de Octubre de 2013].

modifican con su entrada en vigencia la normativa previa, tienen, por tanto, el poder de modelar y transformar el derecho vigente y desde esta perspectiva claramente su jerarquía está por sobre la del DL en comento, siguiendo con ello la propia doctrina del TC en Roles N°s 2387-12-CPT y 2388-12-CPT, acumulados. Dichos tratados se constituyen en un parámetro para el control de constitucionalidad, se integran al ordenamiento interno, y por esta vía engrosan y complementan el catálogo de derechos contenidos en la Constitución.

«DECIMOTERCERO: Que el conjunto de disposiciones aplicables en la materia, que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, implica reconocer que se trata de una potestad del derecho interno de cada Estado el recibir la inmigración conforme sus leyes lo determinen. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad no puede constituir arbitrariedad. Por lo mismo, se pueden configurar los siguientes límites:

Que la entrada de extranjeros en el cruce de fronteras no puede restringirse cuando se invoca un derecho de asilo (artículo 14.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y artículo 27.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Que rige el principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros, salvo los casos expresos en los cuales los derechos tienen por titular a los ciudadanos o a los extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente)...

Que una vez que se ingrese legalmente, el extranjero tiene todos los derechos como si fuera un nacional y las limitaciones a la libertad de circulación y residencia se rigen por las disposiciones del artículo 12.3 del Pacto Internacional (Párrafo 6, parte final, de la Observación General N° 15 antes citada).

Asimismo, «(...) el Comité ha sostenido que se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (...)» (Párrafo 4, parcial de la Observación General N° 27, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité en 1999, que interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Que las reglas restrictivas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país «no debe(n) comprometer la esencia del derecho (...) no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. (...) Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser

necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse» (Párrafos 13 y 14 de la Observación General N° 27 indicada)...

En conclusión, no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país».

Como puede verse, el Tribunal enuncia claramente cuáles serían entonces los principios básicos de protección para las personas extranjeras considerando para ello los diversos compromisos asumidos por el Estado.

IV. Una norma preconstitucional no acorde a los estándares del DIDH ni la propia Constitución

En relación al artículo 13 del DL afirma el Tribunal:

«Se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno.

En esta sentencia se expondrá que esta potestad de policía de seguridad del Ministerio del Interior está sujeta a límites materiales que provienen desde la Constitución, el Derecho Internacional y, especialmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según se explicará. Estos criterios sustanciales enmarcan la facultad de los Estados para rechazar el ingreso de determinados extranjeros y para no otorgar el visado correspondiente de manera excepcional...

VIGESIMOQUINTO: Que el Decreto Ley N° 1.094, de 1975, dictado en un período en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional, debe contrastarse a la luz del texto constitucional. Por tanto, esa condición de titular del derecho a emigrar de su país que tiene todo extranjero y del derecho a inmigrar que

posee el extranjero estableciendo deberes correlativos en el Estado receptor, debemos verificarla en la preceptiva fundamental;

44. La vulnerabilidad del extranjero lo pone en condición de ser abusado en sus derechos y, lamentablemente, ya no el Estado sino que algunos miembros de la sociedad operan con la convicción de que los extranjeros «aún no son sujetos de derechos». Por tanto, dejar entregada la evidencia de la «utilidad» o «conveniencia» social como el parámetro para justificar esta atribución estatal es vulnerar los derechos fundamentales de los extranjeros.

CUADRAGESIMOTERCERO: Que las facultades del Ministerio del Interior, según ya vimos no sólo son pre-constitucionales sino que también pre-convencionales, resultando natural invertir el orden de las obligaciones para ajustar esta potestad estrictamente al artículo 5 inciso segundo de la Constitución.

Por tanto, estas atribuciones ejercidas discrecionalmente, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, deben ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó legalmente al país y que sorteó los requisitos iniciales habilitantes contemplados por el legislador, según lo dispone la Constitución. ...

CUADRAGESIMONOVENO: Que, analizado en su integridad este caso, fluye nítidamente una doctrina que altera el entendimiento que ha existido acerca de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para otorgar y rechazar visados, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094. Lo anterior lleva a que, en estricto rigor, hoy día exista la necesidad de establecer reglas tasadas para disponer el rechazo de un visado en el país. Estas reglas se configuran por el nuevo estándar que se deriva de las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional, según se explicará».

En mi opinión, además de que el DL 1094 es una norma pre-convencional y preconstitucional, es resultado de una legislación anómala, propia de la ruptura del orden democrático, una normativa marginal que opera bajo la ausencia de límites, que dicho sea de paso, se conciben en el Estado democrático a partir de los derechos fundamentales, parafraseando a Karl Loewenstein.

El Caso B

A pocos meses que se dictara esta sentencia, el TC resolvió en otra una materia análoga, la Rol 2257-12-INA de 10 de septiembre de 2013⁶. En el caso B el Ministerio del Interior oficiado por el Tribunal Constitucional informa que ha extendido una visa temporal (un año) en favor de la requirente por estar embarazada y que ha autorizado la inscripción de su hijo como chileno para todos los efectos legales.

En este caso se procedió a votar el acuerdo separadamente. En cuanto a la inaplicabilidad del inciso 1 del artículo 13, afirma el Tribunal que *en las actuales circunstancias del caso*, por empate de votos el Tribunal rechaza el requerimiento; en cuanto a las otras inconstitucionalidades, en su voto de mayoría el TC decide rechazar la inaplicabilidad solicitada.

Los argumentos difieren de lo que analizamos en el caso A. Las votaciones se organizan en base a tres razonamientos.

Por otra parte, y en lo resolutivo en el voto general esta nueva sentencia señala lo siguiente:

«CUARTO: Que, por lo señalado y atendido que el objeto de la acción de inaplicabilidad se concentra en el examen de impugnaciones dirigidas a preceptos de rango legal, esta sentencia expresará consideraciones, exclusivamente, sobre las normas impugnadas por el requirente. Con ello se manifiesta claramente que no le corresponde a esta Magistratura pronunciarse sobre el acto administrativo impugnado ni sobre su tramitación en sede judicial;

QUINTO: Que, por otra parte, si bien el requerimiento fue rechazado en su totalidad, atendido que el rechazo respecto de uno de los preceptos reprochados, esto es, el artículo 13, inciso primero, no fue por mayoría de votos sino que se debió a la producción de un empate de votos, esta sentencia se estructurará indicando, en primer lugar, las consideraciones de los Ministros para concurrir al rechazo del requerimiento y, en segundo lugar, se expondrán las consideraciones de los Ministros que sustentan el acogimiento de las impug-

6. En este caso se trata de una ciudadana también de origen Haitiano, residente en Chile, expulsada por una orden del Ministerio del Interior por considerar falso el contrato de trabajo presentado. En este caso se trata eso si de una situación fáctica distinta al caso que hemos comentado ya que la requirente mientras tramita su visación se embaraza y por esta razón el Oficio 22035 de fecha 20 de diciembre de 2012 extiende su permiso de residencia temporal hasta un año.

naciones de autos».

Los votos favorables a acoger la inaplicabilidad, reproducen las consideraciones que hemos analizado en el caso A, es decir: se reitera el estatuto mínimo para los extranjeros en el país y concluye que «no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país»

Por su parte, los votos de rechazo al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se fundamentan en:

A. La Ministra y Presidenta del Tribunal Constitucional Marisol Peña y el Ministro Hernández consideran que «atendida la evolución que han tenido las circunstancias de hecho referidas a esta causa, en especial, el oficio emanado del Ministerio del Interior N° 22035, de fecha 22 de diciembre de 2012, agregado a fojas 343 de autos, actualmente las disposiciones objetadas ya no resultan decisivas para resolver el recurso de protección que constituye la gestión pendiente».

En cuanto a este argumento, parece razonable su planteamiento, sin embargo, habría sido importante que estos matices incorporaran al cuerpo de la sentencia para facilitar su comprensión y las motivaciones que le distancian del caso que hemos analizado en lo principal.

B. Los Ministros Venegas y Aróstica, por su parte, votaron por desestimar el requerimiento en todas sus partes por no ser relevante el artículo 13 a los efectos de la protección que se tramitó en el marco de este proceso, «si ese artículo 13 pudo tener aplicación cuando a la señora Fortilus se le confirió originalmente su visa, por Resolución Exenta N° 15091, de 2011, ninguna influencia ha podido tenido a la postre, cuando se dictaron aquellos actos de contrario imperio que dejaron sin efecto esa previa visación, contenidos en las citadas resoluciones N°s 53606 y 99173... Declarar entonces inaplicable el referido artículo 13, además de inútil, perjudicaría al mismo requirente, que solo ha podido ingresar al país merced a un permiso expedido justamente por dicho Ministerio».

Uno de los argumentos para votar en contra de la inaplicabilidad del inc. 1 del art. 13 se fundamenta en que se trata supuestos de hecho distintos. En este sentido, habría sido un aporte incluir estos matices en el fallo y no exclu-

sivamente en el voto de dos de sus Ministros. En base a este razonamiento, la última sentencia tampoco podría llevarnos a conclusiones definitivas en la materia que se analiza.

En la sentencia que acoge la inaplicabilidad del DIDH opera como un límite frente a los poderes del Estado, dichos tratados modelan los derechos fundamentales, son un parámetro para el control de constitucionalidad. En la segunda, este razonamiento no es asumido por el voto de mayoría. Podríamos entender que estamos en supuestos distintos, sin embargo, habría sido valioso que hubieran sido invocados a la hora de modificar el criterio que se sostiene en la primera sentencia.

Vistas ambas sentencias en perspectiva, se puede afirmar que la propuesta planteada en el caso A, en orden a proponer un estatuto jurídico para las personas extranjeras conforme la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no es abandonada en la segunda, no obstante tampoco forma parte del voto de mayoría.

La diferencia de supuestos de hecho puede ser entonces la razón para que no se incluyera en el voto de mayoría, pero ciertamente habría sido clarificador que precisamente este asunto, en el que se fundamentaría su no inclusión en el caso B, hubiera sido una reflexión compartida por todos los Ministros.

Ahora bien, a pesar de esta omisión, quisiera destacar el razonamiento del caso A, en cuanto se pronuncia sobre una norma «pre convencional y pre constitucional» porque supone un paso sumamente importante en lo que se refiere a la actualización de normas provenientes de la dictadura y aun vigentes. El razonamiento que se despliega en este caso implica un trabajo de interpretación e integración de los tratados internacionales ratificados y vigentes al ordenamiento interno. Supone la identificación de límites ante la actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Un razonamiento como este, perfectamente podría reafirmarse en el ámbito de otras normas emanadas de la Junta Militar mientras ejercía el poder legislativo.

Consideraciones finales

En un balance general, opino que pese a lo ya señalado, los criterios del Tribunal Constitucional constituyen un avance en lo que a defensa y tutela de los derechos fundamentales se refiere.

Un comentario aparte merece la situación en que se encuentra otra normativa que afecta derechos fundamentales como la Ley 18.340 conocida como

Ley Antiterrorista de 17 de mayo de 1984. La norma fue dictada por la Junta Militar y a pesar de haber sido reformada en distintos momentos durante la democracia su aplicación es cuestionada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos y el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, por no adecuarse a los estándares nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

Éstas y otras normas requieren una necesaria adecuación y actualización. En un contexto donde se discute sobre la sobrevivencia de normativa propia del estado de facto, entre ellas la propia Constitución de 1980, es importante avanzar en la formulación de propuestas que alimenten el debate legislativo que se concrete en normativas democráticas, se trata de una tarea en la que se debe avanzar.

Referencias

- NACIONES UNIDAS. *Informe sobre Protección de todos los trabajadores Migratorios*. Disponible en: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Informe-Comit%C3%A9-de-Trabajadores-Migratorios-Chile-sept-2011.pdf>>. [Fecha de Consulta : 26 de Septiembre de 2013].
- GALDÁMEZ, Liliana. *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos*. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2011. 338 p.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. España: Editorial Ariel, 1979. 628 p.
- ZAPATA, PATRICIO. *Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile*. En *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año 4 N° 2, noviembre de 2006. Santiago de Chile: Ediciones Librotecnia, 2006. 16 p.
- ZÚÑIGA, Francisco. *El estatus constitucional de los extranjeros*. En *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Universidad de Concepción. Año LXVI, N° 203, enero-junio de 1998. Santiago de Chile: Ediciones Universidad de Concepción, 1998. 31 pp.