

EN LO PRINCIPAL: TENGASE PRESENTE AMICUS CURIAE; PRIMER OTROSÍ: LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CALIDAD INVOCADA; SEGUNDO OTROSÍ: ACREDITA PERSONERÍA

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



LORENA FRIES MONLEON, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en los autos sobre acción de inaplicabilidad Rol N° 2257-12-INA, a SSE. Con respeto digo:

De conformidad con la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en particular lo señalado en los artículos 2° inciso 1 y 3° N° 3 de dicha ley y lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, vengo en presentar un *amicus curiae*, a través del cual ponemos a su disposición nuestra opinión jurídica en materia de derechos humanos en la causa Rol N° 2257-12-INA, sobre requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Sra. Sonia Fortilus, de nacionalidad haitiana, en los autos caratulados “Fortilus Sonia con Ministerio del Interior y Seguridad Pública”, causa Rol N° 6118-2012 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

La presentación se pronuncia a favor de la declaración de inaplicabilidad del inciso primero del artículo 13 y del inciso segundo del artículo 67 del Decreto Ley N° 1094/75, por generar efectos contrarios a la Constitución en la gestión judicial pendiente. Se estima que la primera norma enjuiciada vulnera el derecho a la igualdad (19 N° 2) al establecer diferencias no justificadas en razón de la nacionalidad, diferenciando entre personas chilenas y extranjeras. Se sostiene que el inciso segundo del artículo 67 que consagra la sanción de abandono no cumple el test de proporcionalidad y no establece garantías judiciales suficientes que permitan, a la persona sancionada, hacer valer su defensa de manera adecuada (19 N° 3). Además, se considera que el mencionado inciso primero del artículo 13 transgrede en el caso concreto el artículo 7 de la Constitución, al disponer de una facultad discrecional que no contempla los elementos mínimos necesarios para el ejercicio constitucional de una potestad discrecional. Finalmente, respecto a cada derecho involucrado se señalan los estándares internacionales de derechos humanos que serían vulnerados.

La presentación se hará en el siguiente orden:

I.- Acerca de los <i>amicus curiae</i> y mandato del INDH	4
II.- Antecedentes del requerimiento de inaplicabilidad	6
III.- La vulneración del derecho a la no discriminación arbitraria entre personas nacionales y extranjeras en la aplicación del inciso 1° del artículo 13 del D.L. N° 1094/75.	8
1- El test de igualdad como parámetro de la discriminación por nacionalidad.	14
IV.- La vulneración del debido proceso en la aplicación del inciso segundo artículo 67 del Decreto Ley de Extranjería. El establecimiento de una sanción administrativa desproporcionada y un procedimiento que no establece garantías judiciales para una defensa adecuada	21
1.- La potestad sancionatoria del Estado administrador y la necesidad de sujeción de esta a los estándares internacionales y nacionales	22
2.- La sanción administrativa y sus elementos configuradores	24
3.- La vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción de abandono del país con relación a la conducta ilegal	26
4.- El procedimiento de sanción no cumple el estándar del debido proceso al no disponer la ley las garantías judiciales mínimas para una debida defensa de las pretensiones de la persona sancionada	33
V.- La vulneración del inciso primero del artículo 7 de la Constitución en la aplicación del inciso 1° del artículo 13 del D.L. N° 1094 de 1975	41
VI.- Conclusiones	51

Por este acto solicitamos que el requerimiento sea acogido por SS. Excelentísimo por producir, la aplicación del inciso primero del artículo 13 y del inciso segundo del artículo 67 del Decreto Ley N° 1094/75, efectos contrarios a la Constitución en la gestión judicial pendiente.

En opinión del INDH la aplicación del inciso 1° del artículo 13 vulnera el derecho a la no discriminación arbitraria al establecer una diferencia no justificada en razón de la nacionalidad, entre personas chilenas y extranjeras, en relación con el derecho a residir en el territorio nacional. Dicha norma establece que la residencia está sujeta a la “conveniencia o utilidad” de la concesión, imponiendo un requisito no exigido a las personas de nacionalidad chilena.

De igual manera, la aplicación del inciso 2° del artículo 67 del Decreto Ley, que dispone el abandono del país como sanción por declaraciones falsas, constituye en nuestra opinión una sanción desproporcionada, que no pasa el *test*

de proporcionalidad exigido para las sanciones administrativas. La sanción no cumple con los sub-juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues el abandono del país es la medida más gravosa para la persona con miras a sancionar un actuar antijurídico.

Se solicita también la inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 67 inciso 2° (que sólo puede ser entendido en concordancia con el artículo 162 bis del Reglamento de Extranjería, el inciso 4° del mismo artículo 67 y el artículo 89 del mismo decreto ley), por no cumplir el estándar de un debido proceso. La norma no establece las garantías judiciales suficientes que permitan, a la persona sancionada, hacer valer su defensa de manera adecuada.

Finalmente, se estima que la aplicación del inciso 1° del artículo 13 produce un efecto inconstitucional que vulnera el artículo 7 de la Constitución. La facultad que dispone la norma legal no cumple con el estándar constitucional exigido para una correcta ejecución de la discrecionalidad. La ley no contempla los elementos mínimos necesarios para el ejercicio constitucional de una potestad discrecional, por lo que el ejercicio de ella extralimita los derechos conferidos por la Constitución y la ley al Ministro del Interior.

I.- ACERCA DE LOS *AMICUS CURIAE* Y MANDATO DEL INDH

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” corresponde a un instituto del derecho procesal que permite a terceros ajenos a una disputa judicial, y que cuenten con un justificado interés en la resolución del litigio, ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso¹.

Uno de los fundamentos de esta institución es que constituye un eficaz mecanismo que permite entregar opiniones técnicas a la judicatura ante la complejidad de elementos del caso particular, por cuanto lo auxilia en la adopción de una decisión informada y situada en el contexto académico y jurídico que le compete, resguardándose en todo caso, el irrestricto apego a la publicidad del proceso. Por lo anterior, al *amicus curiae* también se convierte en un instrumento

¹ Cfr. Napoli, A. y Vezzulla, J. M. (2007). “El Amicus Curiae en las Causas Ambientales”. *Lexis Nexis*. (nº 4), p 1. Recuperado el día 27 de septiembre de 2011, de <http://www.farn.org.ar/arch/EI%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>

que facilita la transparencia del debate público respecto de asuntos que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso².

Así entonces, la presentación del *amicus curiae* realiza una doble función. Por un lado, aporta al tribunal, bajo cuyo examen se encuentra un pleito judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir para ilustrar y luego resolver el asunto controvertido. De otra parte, reviste de carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general. En síntesis, el *amicus curiae* puede también ser entendido como un mecanismo procesal apto para viabilizar institucionalmente la participación ciudadana, de manera de tornar más amplio el debate judicial y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática³.

En cuanto al ámbito de su aplicación, el *amicus curiae* ha tenido una función importante en litigios cuya controversia involucra directa o indirectamente a los derechos humanos, debido a la consecencial atención que suscitan aquellas causas en que los tribunales se ven llamados a decidir sobre el ejercicio de algún derecho fundamental y la creciente presencia y relevancia de instituciones estatales de derechos humanos y de organizaciones no gubernamentales orientadas a evitar restricciones legítimas a los Derechos Fundamentales⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, el *amicus curiae* encuentra respaldo en diversos preceptos constitucionales, destacando, en especial, el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 y en el art. 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

Además, el Art. 3 números 2 y 3 de la Ley 20.405 que crea el INDH establece, respectivamente, que son atribuciones del INDH:

² ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino". En: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", compilado por los nombrados. CELS. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997. págs. 387 y ss.

³ HENNIN, Monia. "La noción de Constitución abierta de Peter Habermas como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño". [en línea]. Revista de Estudios Constitucionales. Año 8, n° 1, 2010. p. 284. Disponible en <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art10.pdf>>. [Última visita realizada el 22 de febrero de 2011].

⁴ El mismo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupa de regular y establecer cuáles son los requisitos para la presentación de la figura del *amicus*. Al efecto, dicha reglamentación exige:

- a) Que debe presentarse oportunamente junto a sus anexos a través de los medios contemplados en el Reglamento (tales como correo postal o electrónico);
- b) Debe estar escrito en el idioma del caso y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos;
- c) Debe ponerse de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia de la Corte.

“2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

3.- Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos”.

Existen varios casos en que los *amicus curiae* han sido acogidos en nuestro país, tanto por los tribunales ordinarios de justicia como por el Tribunal Constitucional. Entre estos últimos, podemos mencionar el presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en Autos sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”⁵.

En consideración a las normas y consideraciones señaladas, vengo en presentar un *amicus curiae*, con el objeto de colaborar con este Ilustre Tribunal en el pronunciamiento, de acuerdo a las siguientes argumentaciones que paso a detallar a continuación.

II.- ANTECEDENTES DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

Como se indica en el expediente del requerimiento de inaplicabilidad, por Resolución Exenta N° 53606, de fecha 12 de julio de 2011, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior rechazó la solicitud de visación de residencia sujeta a contrato de la señora [REDACTED] pasaporte RD N° [REDACTED], solicitándole consecuentemente el abandono del país, por aplicación de los artículos 13, 64 N° 2 y 67 del D.L. N° 1094/75.

⁵ En la sentencia del Tribunal Constitucional, se hace mención expresa al *amicus* del INDH en los siguientes términos: “que se deja constancia que a Fojas 40, el Tribunal resolvió tener presentes las observaciones formuladas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por su Directora, en relación con aspectos generales de la legislación militar vigente en el país y en el Derecho Comparado y con reparos de constitucionalidad que le merecen a esa entidad algunas disposiciones del proyecto de ley materia de estos autos”. Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2012 sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”, Fundamento Jurídico 3.

La Resolución en su parte considerativa expresó: “a) que es facultad de esta Autoridad aprobar o rechazar las solicitudes de residencia formuladas por extranjeros, b) que doña [REDACTED] de nacionalidad HAITIANA por efectuar declaraciones falsas en lo que respecta al Contrato de Trabajo con el empleador anterior [REDACTED], c) Que consecuentemente y conforme a lo dispuesto al art. 138 N° 2 del reglamento de extranjería, es procedente el rechazo de la solicitud de residencia”.

La Sra. Fortilus presentó con fecha 3 de octubre de 2011 una solicitud de reconsideración ante la misma autoridad, la cual fue rechazada por la resolución exenta N° 99173 de 13 de diciembre de 2011, por extemporánea, expresando en la letra d) de la parte considerativa: “que los antecedentes aportados no permitían desvirtuar los motivos que fueron tomados en cuenta para rechazar la solicitud de residencia, dado que la peticionaria presentó información falsa en lo que respecta a su contrato de trabajo, fundamento de su primera solicitud”.

Con esos antecedentes negativos, la requirente presentó con fecha 31 de enero de 2012 una solicitud de “invalidación” ante el Ministro del Interior y Seguridad Pública, en contra de la Resolución Exenta N° 53606 que dispuso el abandono del país.

Con fecha 15 de febrero la Sra. [REDACTED] tomó conocimiento del Oficio Ordinario N° 2503 de fecha 14 de febrero de 2012, del Jefe Suplente del Departamento de Extranjería y Migración, que rechazó la solicitud de invalidación, indicando que “siendo privativo de la administración hacer uso de la facultad de invalidación contenida en el artículo 53 de la Ley N° 19.880, y no apreciando ilegalidad de la administración en el acto pretendido invalidar, no se acogerá su solicitud de invalidación”.

Como consecuencia de este acto, la requirente presentó ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6118-2012) un recurso de protección por vulneración de los artículos 1, 6, 7, 19 N° 2, 3 incisos 5, 6 y 7, 19 N° 26, 63 N° 2, 4 y 18, como también lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de derechos Políticos y Sociales, así como la Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familias.

Con fecha 27 de junio de 2012, la Sra. [REDACTED] interpuso el presente requerimiento de inaplicabilidad.

III.- LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA ENTRE PERSONAS NACIONALES Y EXTRANJERAS EN LA APLICACIÓN DEL INCISO 1° DEL ARTÍCULO 13 DEL D.L. N° 1094/75.

A través de esta presentación, el INDH viene en afirmar que la posibilidad de aplicación decisiva del inciso 1° del artículo 13 del D.L. N° 1094/75 por la Corte de Apelaciones de Santiago, producirá un efecto contrario al derecho a la igualdad consagrado en los tratados internacionales y en el artículo 19 N° 2 de la Constitución.

Su aplicación concreta establece una diferencia no justificada en razón de la nacionalidad, entre chilenos(as) y extranjeros(as), en relación con el derecho a residir en el territorio nacional, en particular en el caso de la ciudadana Haitiana, Sra. Sonia Fortilus.

Expresa el inciso 1° del 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, atendiéndose 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”.

La norma, al radicar una atribución discrecional al Ministerio del Interior que se ejerce en consideración *“la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión”*, fija el ejercicio de una potestad bajo un criterio de *“selección”* entre las personas según su nacionalidad. La residencia para las personas de una nacionalidad distinta a la chilena se ve condicionada por la conveniencia o utilidad de ella, cuestión no exigida a las personas de nacionalidad chilena, y asunto no permitido bajo el estándar internacional ni constitucional de igualdad.

La igualdad jurídica entre las personas se funda en la dignidad inherente a todo ser humano por el hecho de serlo. Esta igualdad jurídica se consagra en el inciso primero del artículo 1 CPR que establece que *“las personas nacen libres e*

iguales en dignidad y derechos". La premisa inicial de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional es la posición de igualdad entre las personas: en su dignidad y en los derechos que el ordenamiento reconoce. La igualdad es uno de los valores fundamentales que irradian a todo el ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho.

La **Declaración Universal de Derechos Humanos** establece en sus artículos 2 y 7, señalan:

"Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

"Artículo 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** insta en su artículo 1.1:

.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En este sentido, La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha expresado que:

"[L]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es

*admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*⁶.

La Corte afirma que el tratamiento igual se debe dar en dos dimensiones: en el no establecimiento de situaciones de privilegio y la prohibición de instituir situaciones jurídicas o situacionales de “inferioridad”. En este último punto nos referimos a aquellos factores sobre los cuales está prohibido establecer “diferenciaciones perjudiciales”. Como expresa Courtis: *“el control de esas distinciones se agrava cuando el Estado utiliza algunos de estos motivos para diferenciar. Una dimensión importante de esta noción es el de las comparaciones inter-grupales: se prohíbe discriminar a ciertos grupos en relación con el trato que reciben otros grupos”*⁷.

El imperativo de no discriminación por pertenencia a una “categoría sospechosa” obliga a los Estados, en concreto, a no discriminar a las personas extranjeras que se encuentren en su territorio. Esta obligación exige que los Estados, según la Corte Interamericana, *“al tomar las medidas que correspondan, **los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes**”*⁸.

Este último punto cabe destacarlo en consideración a que la población migrante que residen en Chile es un grupo vulnerable dentro de las sociedad Así, establecer condiciones (conveniencia y utilidad) para la residencia en Chile viene a profundizar la situación de vulnerabilidad, ubicando a los extranjeros(as) en una posición de “inferioridad”, más que constituir una política pública que procure un tratamiento al “menos igual” entre personas nacionales y extranjeras.

⁶ Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 1, párr. 45; y Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra nota 32, párr. 55. y Migrantes Párr. 87.

⁷ COURTIS, Christian, “Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. Disponible en internet: [http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVICurso Interdisciplinario en Derechos discursos y ponencias/3.%20C.Courtis.pdf](http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/2_2010/XXVICurso%20Interdisciplinario%20en%20Derechos%20discursos%20y%20ponencias/3.%20C.Courtis.pdf).

⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 118 y 119.

Según las Reglas **Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables**, *“se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”* y *“podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”*.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, ha sostenido latamente sobre los y las inmigrantes y su situación de vulnerabilidad que: *“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado”*.

Por otra parte la Corte reconoce que *“Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”*⁹.

La Corte¹⁰ ha sostenido en este punto que *“Es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”*. En este sentido, la caracterización de un grupo como diferente, asignarles ciertas características negativas o relacionarlas con eventos reprochables, no solo es algo

⁹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Párr. 112 y siguiente.

¹⁰ Corte IDH, caso “Ríos y otros Vs. Venezuela”, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, Párr. 349; Corte IDH, caso “Perozo y otros Vs. Venezuela”, Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195 Párr. 380.

que puede de manera actual afectar el goce de derechos, sino que potencialmente puede caracterizar un prejuicio que limite el acceso futuro a derechos o puede poner en riesgo su calidad de vida.

Los grupos inmigrantes en Chile no distan de lo constatado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso se han conocido casos de violencia hacia personas extranjeras en el país¹¹. Un estudio constata que cerca del 70% de los chilenos discrimina a los inmigrantes latinoamericanos (Gemines-U. FinisTerae). La encuesta sobre Derechos Humanos realizada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos¹², da cuenta que cerca de un 40% de la población cree que los y las inmigrantes que han llegado a sus comunas son de “malas costumbres”. Lo anterior impacta directamente en el goce y ejercicio de derechos de este grupo vulnerable y por esto genera una situación de discriminación.

Por otra parte, aun cuando en términos netos el país continúa siendo preferentemente de emigrantes, en las últimas décadas la población extranjera ha ido en continuo aumento: en el año 1982, se estimaban cerca de 85.000 extranjeros/as; en 1992, el cálculo era de 105.000 y en el 2002 ascendía a 185.000 personas. Para el año 2009, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior estimó en 352.000 la población migrante, principalmente de Perú (37,1%), Argentina (17,2%) y Bolivia (6,8%).

La migración en Chile se caracteriza hoy, entre otros factores, por una población en edad activa (85% está entre 16 y 59 años), educada y que migra para trabajar, mayoritariamente femenina (55% del total) y de origen latinoamericano. En los últimos años también ha aumentado el flujo de población refugiada a Chile. A fines del año 2010 había 1.621 refugiados/as en el país y 274 solicitudes de asilo pendientes; a lo largo del año, ingresaron 260 nuevas solicitudes de protección internacional¹³.

El INDH en su Informe 2010 abordó esta situación y constató tanto dificultades en la tramitación de estas solicitudes que pueden vulnerar el derecho de petición, el principio de no devolución y la prohibición de rechazo en frontera,

¹¹ EMOL “Formalizan a cuatro sujetos por agresión a extranjeros en Valparaíso”. 8 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2012/03/08/529948/formalizan-a-cuatro-sujetos-por-agresion-a-extranjeros-en-valparaiso.html>(Consultado 07-08-12).

¹² INDH. Primera Encuesta Nacional de Derechos Humanos, página 30. Disponible en: <http://www.indh.cl/pdf/Encuesta%20D.H.web.pdf>(Consultado 15-10-12).

¹³ INDH, Informe Anual de Derechos Humanos, año 2011, pp. 206-207.

como obstáculos para acceder en igualdad de condiciones con la población local al ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Un avance importante registrado durante 2011, que ha permitido la publicación de la Ley N° 20.430 y de su reglamento, es que a los/as solicitantes de refugio se les otorga una visa de residencia temporal por ocho meses renovables, con lo cual pueden tramitar sus documentos de identificación ante las oficinas del Registro Civil.

1.- El test de igualdad como parámetro de la discriminación por nacionalidad. El principio de igualdad otorga el derecho de carácter subjetivo de exigir un trato igual. Desde esta perspectiva lógico-subjetiva, el principio de igualdad tiene un carácter relacional, precisando normas, situaciones y relaciones jurídicas. Se funda en una pluralidad de entidades que se relacionan entre sí, de modo de que si no hay nexo relacional no hay igualdad que analizar¹⁴. En efecto, para efectuar un juicio de igualdad es necesaria una base sobre la cual comparar las situaciones y poder establecer la existencia o no de diferencias de trato, requiriéndose en consecuencia un *tertium comparationis* (término de comparación), esto es, "indicar los supuestos de hechos con los que se ha de comparar aquél en que el recurrente se encuentra a fin de verificar si ha existido o no la discriminación que alega"¹⁵.

Se efectúa un examen definiendo si existen decisiones o acciones que producen diferencias entre personas, grupos de personas o cosas similares o con elementos comunes, por medio de una comparación entre ellas¹⁶. En definitiva, y en razón del principio de igualdad, se debe velar por la no existencia de leyes de tipo particulares en contraposición de la abstracción requerida de las normas jurídicas, no impidiendo la posibilidad de disponer de normas específicas que comprendan a una categoría concreta de personas, exigiéndose una plena justificación de la especialidad de la ley.

En todo caso, cabe examinar el principio de igualdad en la ley frente a la posibilidad de disponer tratamientos diferenciados que aparentemente vulnerarían esta igualdad de derecho. El respeto primario a la igualdad está fundado en el aforismo de origen filosófico platónico-aristotélico que hay que "tratar igualmente a

14 PÉREZ L., Antonio, "Dimensiones de la Igualdad", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Fundación el Monte, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" N° 34, 2005, p. 18.

15 SUAY R., José, "El principio de Igualdad en la Justicia Constitucional", Instituto de Estudio de Administración Local, Madrid, 1985 p. 154.

16 GAVARA DC, Juan Carlos, "Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad", Navarra, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 36.

los iguales”, imposibilitando al legislador para establecer normas que atenten contra esta igualdad formal. Junto a este postulado de carácter general, tiene cabida la continuación del aforismo precedente que indica que debe “tratarse desigualmente a los desiguales”, es decir, que frente a situaciones de hecho es posible disponer de normas que afecten al principio de igualdad formal, consagrando disposiciones que dispongan una desigualdad de trato pero que en términos de resultado se orientan a lograr la igualdad en los hechos.

El tratamiento diferenciado es una regla de excepción, pues, primariamente debe concurrir como modelo de aplicación el principio de igualdad como no diferenciación procediendo la desigualdad normativa únicamente cuando esté justificada.

El principio de igualdad se desarrolla por dos vías derivadas del contenido constitucional de este principio: la aplicación general del principio de igualdad con miras a evitar toda diferenciación injustificada que conlleve una discriminación prohibida, y por medio del tratamiento diferenciado entre las personas, estableciendo ciertas desigualdades normativas protectoras de ciertas personas o grupos de personas, con la finalidad de corregir situaciones de desigualdad factual.

La Constitución Política en el art. 19 N° 2 consagra la igualdad ante la ley, que más bien se refiere a la igualdad en la ley. Exige que los textos legales no deben contener materialmente distinciones subjetivas, representando un límite a la acción legislativa (como límite al poder)¹⁷ y al contenido de la ley. El texto constitucional impone ciertas restricciones básicas al contenido legal: dispone la igualdad entre las personas (en particular entre hombre y mujeres), no reconoce a personas o grupos privilegiados, declara abolida la esclavitud, y la prohíbe las discriminaciones arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad¹⁸.

La sustancialidad del numeral 2° radica en la prohibición de discriminación arbitraria que veda una acción legislativa y de la autoridad carente de objetividad.
El principio de igualdad en la ley se estructura sobre la clásica ordenación

17 NOGUEIRA A., Humberto, “El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (Vol. XVIII, Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público, 1997, p. 170.

18 Textualmente establece el art. 19 N° 2: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”

igualdad/desigualdad, consagrando la obligación de la prohibición de normas particulares o referidas a personas o grupos determinados (ley general y abstracta), prohibiendo al legislador establecer privilegios, diferenciaciones o desigualdades en la regulación normativa que efectúa basada en criterios irracionales, sin perjuicio de la posibilidad de disponer normas diferenciadoras que establezcan distinciones normativas justificadas frente a situaciones o circunstancias que sitúa a los sujetos en posiciones de desigualdad comparativa, aunque se debe evitar la arbitrariedad en la distinción.

Al impedir la arbitrariedad en la discriminación está consagrando a contrario *sensu* la procedencia de la discriminación siempre que no sea arbitraria (principio de discriminación no arbitraria). Se instituye la posibilidad del tratamiento diferenciado en el contenido de la ley bajo criterios racionales y objetivos por parte del legislador, y una aplicación por parte de la autoridad también diferenciada y sujeta a iguales parámetros de no arbitrariedad.

Podemos afirmar el imperativo prohibitivo de discriminar, a menos que la diferencia esté justificada. También existen categorías donde la discriminación es prohibida, pero, si ésta se realiza, la justificación que debe dar el legislador es más exigente. Ese es el caso de la nacionalidad.

Es lo que en la doctrina comparada se denomina juicio de legitimidad (por ejemplo, en el Derecho español¹⁹). En él, el Tribunal Constitucional debe examinar las razones justificantes de la diferenciación determinando si ella es procedente o, por el contrario, la considera vulneradora del principio de igualdad. Tal juicio no es homogéneo, ya que respecto de aquellas condiciones que expresamente se prohíbe discriminar (la nacionalidad, por ejemplo), la desigualación en razón de tales condiciones será aceptada únicamente bajo un canon más estricto y riguroso de justificación.

Para el caso en comento, es importante la concurrencia de un requisito adicional para la igualdad en la ley: la "prohibición inicial" de establecer discriminaciones o diferenciaciones en razón de determinadas condiciones o categorías de personas, especialmente cabe precisar la "nacionalidad", pues concurre directamente al caso en comento. La "nacionalidad" es una condición de las personas que le es ajena a su voluntad o decisión, concurriendo, a nuestro

19 STC español N° 200/2001, c.j. 4°.

juicio, dentro de las condiciones adscritas a la personas, y por ende, prohibidas por la normativa internacional y nacional.

Se vulnera el principio de igualdad por qué no está justificado el trato diferenciado "más exigente" para un(a) extranjero(a). Las normas internacionales exigen un trato igualitario. La Constitución no establece diferenciaciones entre nacionales y extranjeros, salvo por excepción. Así, por ejemplo, el artículo 19 N° 7 sobre libertad de movimiento consagra que *"toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la república, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero."* En materia laboral, señala el art. 19 N° 16 inciso 3° señala que se podrán establecer diferencia entre nacionales y extranjero sólo para los efectos de "exigir la nacionalidad chilena" para determinados casos (por ejemplo, no pueden ser funcionarios(as) públicos(as) las personas de nacionalidad extranjera).

En el caso concreto, la norma legal establece un trato disímil entre nacional y extranjero para los efectos de residir en el país. Se trata diferente a un(a) extranjero(a) debiéndosele tratar igual que aun nacional, pues la nacionalidad es una condición de discriminación prohibida. Si se llegase a establecer una diferenciación por nacionalidad esta debe estar dispuesta en la Constitución o en la ley. Si es legal, la diferencia debe contener un alto grado de densidad justificatoria, que en este caso concreto no se da.

La norma y su aplicación en caso concreto fijan a la autoridad administrativa los juicios bajo los cuales se debe conferir la visación. Estos dos: a) la conveniencia y utilidad que reporten para el país y b) la reciprocidad internacional. Al examinarse el caso de la Sra. Fortilus, se tuvo que dar aplicación a esta normativa.

El problema de ello es la disposición de un trato diferenciado de las personas para la residencia en Chile, de acuerdo a la nacionalidad, distinguiendo entre conveniencia y utilidad para la posibilidad residencial del extranjero y la exclusión de tal exigencia para las personas de nacionalidad chilena. Cualquier persona de nacionalidad chilena puede permanecer legalmente en Chile, independiente si residencia es útil o conveniente para el país. Si esa persona es de nacionalidad extranjera, la situación cambia. La residencia está sujeta a un

requisito adicional, sustancial y subjetivo, constituido por la conveniencia y la utilidad.

Se trata de un requisito adicional que se impone al no exigírsele tales calidades a los chilenos; es sustantivo por cuanto no sólo deben cumplir requisitos formales para la permanencia (por ejemplo, certificado de viajes o de antecedentes), sino su residencia debe ser una “aporte” al Estado chileno. Es subjetivo al radicar la norma en la autoridad pública la facultad de disponer libremente qué residencia y qué personas son útiles y convenientes para el país. Además, la ley no establece los elementos constitutivos del juicio de conveniencia o utilidad. Los deja para la libre apreciación del Ministerio del Interior.

Lo anterior vulnera el principio de igualdad estableciendo una diferenciación por nacionalidad que no se justifica. Es mas, la norma legal fusiona la residencia con la necesidad de que esta se justifique en un trabajo que a la vez, sea conveniente o de utilidad, ubicando en una posición de vulneración a la persona Fortilus, pues su situación laboral afecta su residencia legal. Ambos campos son diferentes. En efecto, un ámbito de la vida de las personas es el lugar donde ésta desea o se ve forzada a residir, y otra es la dimensión laboral. Así, si bien una de las vías de ingreso a un país es el contrato de trabajo (visa de trabajo) y la mantención de ese estatus como requisito de permanencia en esa situación jurídica, un asunto muy distinto diferente es “condicionar” su permanencia, incluso dentro del ámbito laboral, a requisitos o criterios de “calidad” o “aporte” del(a) extranjero(a) en Chile.

¿Cuáles son las razones para exigirle a una persona extranjera que sea su residencia útil y conveniente?

La migración es un fenómeno mundial donde la persona migrante muchas veces se ve forzada a salir de su país de origen y residir en otros por razones laborales o muchas veces políticas.

La migración ubica a la persona en una posición social de vulnerabilidad, que requiere de la ejecución, por parte del Estado receptor, de políticas públicas de incorporación e integración a la sociedad de destino. A partir de ahí, exigir que además, su estadía sea conveniente y útil se observa como una desproporción normativa.

Las diferencias normativas entre personas deben cumplir con el cumplimiento de fines objetivos, y constitucionalmente válidos. La diferenciación debe ser razonable. Puede el legislador establecer regímenes especiales siempre y cuando no ubique a una persona en posición de privilegio o desmejorada sin justificación.

Como ha señalado el **Tribunal Constitucional**, en sus **STC Rol N° 755/2008 y 790/2008**:

“(...) la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados.”;

Y en su **STC Rol N° 986/2008**:

“(...) la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”.

El razonamiento correcto del legislador migratorio debió comprender cuáles son los requisitos básicos, mínimos y necesarios para el otorgamiento de una visa de trabajo, debiendo establecer exigencias objetivas y razonables, independiente de la conveniencia o utilidad de la personas extranjera.

¿Qué fin, constitucionalmente legítimo persiguió el legislador al establecer tales criterios diferenciadores entre nacionales y extranjeros?

Del examen de la norma y del actuar del Ministerio del Interior por medio de sus resoluciones, no se evidencia la prosecución de un fin constitucionalmente legítimo. ¿Cuál será el bien jurídico de orden constitucional para justificar que la

residencia del extranjero debe ser útil y conveniente? No hay justificaciones razonables para ello.

En consecuencia, no es posible concluir en el caso en comento, que el hecho que una persona tenga datos falsos en su contrato de trabajo implique que su residencia no es conveniente o útil para el país. La aplicación de la norma conllevaría posiblemente reconocer la posibilidad de producir efectos inconstitucionales. En efecto, la conveniencia y utilidad como criterio legales para decidir sobre la residencia de una persona es discriminatorio, en razón de su nacionalidad, ya que sólo se les exige a las personas de nacionalidad no chilena. La norma legal no cumple el estándar internacional ni constitucional para la procedencia de una diferenciación, pues no se persiguen fines constitucionalmente legítimos con su establecimiento ni se dan razones objetivas ni razonables para tal diferenciación por tales criterios.

IV.- LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO EN LA APLICACIÓN DEL INCISO SEGUNDO ARTÍCULO 67 DEL DECRETO LEY DE EXTRANJERÍA. EL ESTABLECIMIENTO DE UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA DESPROPORCIONADA Y UN PROCEDIMIENTO QUE NO ESTABLECE GARANTÍAS JUDICIALES PARA UNA DEFENSA ADECUADA

Junto a lo anterior esta Directora es de la opinión jurídica que la aplicación en sede de protección del inciso 2° del artículo 67 de D.L. N° 1094/75 transgrede el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Constitución, al establecer una sanción desproporcionada a los hechos que le sirven de sustento. De igual manera, consagra un procedimiento sancionatorio que no cumple con el estándar de un procedimiento racional ni justo, ubicando en posición de vulnerabilidad procesal flagrante a la Sra. Fortilus por una potencial aplicación inconstitucional.

El inciso 2° del artículo 67 de D.L. N° 1094/75 establece:

“Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente”.

1.- La potestad sancionatoria del Estado administrador y la necesidad de sujeción de esta a los estándares internacionales y nacionales

La aplicación de la medida de abandono es expresión de la potestad sancionadora del Estado. El Derecho Administrativo Sancionador es una de las dos vertientes, junto al derecho penal, del derecho punitivo único del Estado²⁰ Esta unidad de criterios no está exenta de dificultades pero su principal conclusión es que existe un supra-concepto de ilícito que es la de identidad sustancial de ambos ilícitos, penal y administrativo, no existiendo diferencias ontológicas entre ambos delitos o infracciones.

Todo examen sobre la potestad sancionadora de la administración parte del reconocimiento de que ésta es ejercicio del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado. Junto a los tribunales de justicia, se le reconoce a la autoridad administrativa la facultad de sancionar determinadas infracciones a las leyes con miras a proteger el interés general o colectivo²¹.

La facultad sancionadora tiene un doble carácter. Por un lado, se ordena como una garantía de las personas en contra del poder estatal, en el sentido que es la norma legal y no la autoridad administrativa discrecional o arbitrariamente, la que dispone las sanciones que se aplicarán en caso de trasgresión o infracción de la norma regulatoria. Esto es expresión de la vigencia del Estado de Derecho, y en particular del principio de legalidad que se instituye como elemento nuclear de éste.

En segundo término, la potestad sancionadora del Estado tiene un fin de resguardo de los intereses generales del Estado. En la relación persona/Estado se debe velar por la autodeterminación de las personas (por medio de la consagración de derechos) y la inhibición del Estado en cuanto no vulnere esos derechos pero, al mismo tiempo, y así lo dispone el artículo 1º inciso 4º de la Constitución, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, contribuyendo a crear las condiciones sociales para la máxima realización material y espiritual.

²⁰ NIETO G., Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", 2da Edición ampliada, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 148 – 149.

²¹ ROMÁN C., Cristián, Derecho Administrativo Sancionador: ¿Ser o No Ser? He ahí el Dilema, en: "Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra", Santiago, Editorial Jurídica, p.107.

Toda actuación del Estado tiene como centro a la persona, siendo necesario adecuar el poder punitivo a este límite a la vulneración, por lo que el poder sancionador Estatal debe estar precisamente regulado para evitar cualquier atisbo de abuso, de modo que las normas que regulan este poder debe ser interpretadas pro persona y no pro Estado.

El interés general del Estado está detrás de la potestad sancionadora. Los intereses particulares o privados pueden potencialmente oponerse o entrar en contrariedad con el interés general, de modo que el legislador es el llamado autorizar a la administración para sancionar ante una infracción normativa que atente contra éste.

Estamos afirmando que hay ciertas cuestiones mínimas a considerar:

- a) que hay intereses generales del Estado que se deben caucionar;
- b) que tales intereses priman por sobre los intereses privados dentro del marco constitucional y legal, por lo los privados deben sujetarse a la norma ordenadora de sus acciones,
- c) que en caso de colisión entre los intereses estatales y particulares, como consecuencia de una trasgresión de las normas regulatorias (que produce una afectación de tal interés general), el Estado puede imponer un castigo ante tal infracción y,
- d) que en el ejercicio de tal facultad debe evitarse el abuso o extralimitación del poder punitivo administrativo.

Estas dos dimensiones (como garantía y como efectividad de cumplimiento del interés general) producen necesariamente una tensión entre los derechos de auto-determinación de los privados y la regulación cuya infracción puede conllevar una sanción. Esto se soluciona a través del reconocimiento de las facultades estatales pero con pleno respeto a la Constitución, en especial los derechos fundamentales, y la ley, que es la norma jurídica que lo faculta a actuar en un caso determinado (arts. 6º, 7º y 76 de la CPR).

Así también lo dispone el artículo 1º inciso cuarto de la CPR al indicar que la finalidad de promoción del bien común, por medio de la contribución a crear condiciones sociales para la máxima realización de las personas, debe llevarse a cabo "*con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*".

El desafío está en que tal poder punitivo respete la normas constitucionales y legales que los regulan, exigiéndose que en los procedimientos sancionatorios se respeten los derechos e intereses legítimos de las personas, evitando la inconstitucionalidad e ilegalidad de la sanción, de manera que ésta sea objetiva, es decir, carente de toda apreciación subjetiva del sujeto de la aplica.

Estamos en presencia de la relación persona/Estado, donde el sujeto fuerte de la relación es este último, en consideración a que en un Estado de Derecho en última instancia el monopolio legítimo de la fuerza radica en la entidad estatal, por lo que sus decisiones pueden llegar a ser cumplidas imperativamente por medio de la coacción. En consecuencia, la constitucionalidad de la actividad punitiva estará determinada por el ejercicio del poder con pleno respeto a la norma fundamental y los derechos.

2.- La sanción administrativa y sus elementos configuradores

El Estado sanciona, pero debe sancionar de acuerdo a la CPR y la ley, sino existiría un Estado abusivo de las personas o una extralimitación de éste. El Estado está facultado para aplicar sanciones, y cuando las aplica hablamos de Estado Administrativo Sancionador.

La sanción administrativa ha sido definida por García de Enterría como *“un mal infringido por la administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal”*²². Por su parte, el TC español la ha conceptualizado como *“una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta”* (STC español N° 132/2001, fundamento jurídico 3).

Se considera que la sanción se compone de tres elementos:

- a) la carga que se le impone a los individuos (el administrado);
- b) el gravamen que es consecuencia de la conducta lesiva de un bien jurídico protegido en una infracción administrativa, y
- c) la autoridad que tiene la autoridad administrativa para imponer la sanción, de acuerdo a las normas y principios que regulan la actividad sancionadora²³.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo II”, Madrid, Editorial Civitas (9ª edición), 2004, p. 163).

²³ RAMÍREZ T., María Lourdes, La Sanción Administrativa y su Diferencia con Otras Medidas que Imponen Cargas a los Administrados en el Contexto Español, en: Revista de Derecho N° 27, Barranquilla, 2007, p. 275.

La administración sanciona una conducta cuando existe un deber de actuar acorde al ordenamiento jurídico, debiendo re-establecer este orden quebrantado. De esta manera la sanción tiene un carácter punitivo y se ejerce en razón de una facultad represora que el ordenamiento jurídico reconoce a la administración. En breve, en la existencia y la aplicación de la sanción concurre un razonamiento lógico que debe ser considerado:

- a) El ordenamiento jurídico reconoce al Estado *ius puniendi* administrativo;
- b) El legislador le impone a los particulares determinados imperativos de acción o de omisión (debe ajustarse a la ley en el desarrollo de su actividad);
- c) En el ejercicio de *ius puniendi* se autoriza a ciertas entidades públicas para el control o super vigilancia de las acciones u omisiones de los particulares;
- d) Que ante una infracción a la norma regulatoria se faculta a la Administración para aplicar un castigo o sanción;
- e) Que el castigo y la forma de aplicación y cumplimiento está normado, de modo que la actividad sancionadora se ajusta a tales imperativos normativos, y
- f) Como consecuencia de lo anterior, se ordena como una exigencia en un Estado constitucional, que la actividad sancionadora se debe ajustar a la Constitución, en especial, a los derechos fundamentales.

3.- La vulneración del principio de proporcionalidad en la sanción de abandono del país con relación a la conducta ilegal.

Como ha señalado el Santamaría Pastor:

“Una de las características de los ordenamientos sancionadores menos evolucionados ha consistido, de siempre, en el escaso interés mostrado por lograr cierta adecuación entre la gravedad y repercusión de los hechos ilícitos y la intensidad de la sanción que se impone”²⁴.

A juicio del Instituto de Derechos Humanos, esa es la situación que se presenta en concreto. La medida de abandono del país establecida en la ley no dice relación con la falta imputada cual es la de contener datos falsos el contrato de trabajo. La ilegalidad cometida puede ser objeto de sanciones menores que permitan conciliar la necesidad de residencia y permanencia de la persona extranjera en Chile y la del Estado chileno de sancionar aquellas conductas que vulneren el ordenamiento jurídico interno. De esta manera, es posible que en el

²⁴ SANTAMARÍA P., Juan Alfonso, “Principios de derecho administrativo general”, tomo II, Madrid, Editorial Istel, 2009, pp. 402 y 403.

caso se aplique una norma que no cumple con el imperativo de proporcionalidad de la sanción.

En nuestro ordenamiento constitucional se afirma la vigencia del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, extraído de los incisos finales (8 y 9) del 19 N° 3²⁵. Así, debemos re-afirmar la premisa que el régimen jurídico de la potestad sancionatoria administrativa debe adaptarse a este sistema garantístico, como también debe ajustarse a él (y lo hace) la potestad punitivo penal (Derecho Penal y Procesal Penal). Esto significa que los actos administrativos de naturaleza sancionatoria están sujetos al régimen jurídico de los actos administrativos y de garantías, particularmente al aseguramiento del derecho de defensa del afectado, y la presunción de legitimidad.

Las garantías aplicables al proceso penal también son extensibles a los procedimientos sancionadores administrativos con las debidas adecuaciones. La generalidad de la doctrina y jurisprudencia comparada promueve y comparte la plena admisión y extensión de las garantías aplicables a un proceso penal como también vigentes y válidas para el llamado Derecho Administrativo Sancionador. Se reconoce la aplicación de los principios penales en materia sancionatoria administrativa, pero, al representar dos áreas del derecho con sus propias particularidades, se les reconoce a éstos principios en el ámbito sancionatorio administrativo una autonomía propia del derecho público.

Se afirma que en el ejercicio de sus atribuciones sancionadoras un imperativo primario del ordenamiento y que es la certeza o seguridad jurídica, referida a que la necesidad de un ordenamiento jurídico objetivo, sin ambigüedades, ajeno a las arbitrariedades del Estado, otorgando certidumbre a las personas que hay leyes que los rigen y que se cumplen. Las personas deben saber que normas los regulan, evitando la discrecionalidad estatal.

En la misma línea el TC chileno ha expresado que “(...) *los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del*

²⁵ Expresan los incisos 8 y 9: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Estado”(STC Rol N° 244/1996, considerando jurídico 9°). Agrega nuestra justicia constitucional: “*Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*” (STC Rol N° 479/2006, considerando jurídico 8°).

Esta relación con lo penal no implica que las normas del Derecho Penal se apliquen a la dimensión administrativa sino que sus “principios” son los aplicables. El punto de cierre de reflexión es que “la principal dificultad se encuentra en la determinación de qué principios van a ser aplicados y, sobre todo, hasta qué punto van a serlo”²⁶.

Lo anterior es relevante desde la perspectiva de los derechos fundamentales. La facultad sancionadora penal del Estado está obligada a sujetarse a las normas constitucionales que disponen el debido proceso (19 N° 3). Si el Derecho Administrativo Sancionador, de manera autónoma en razón de su propia naturaleza, ajusta y aplica al orden administrativo los principios de origen penal que garantizan a la persona el pleno respeto de sus derechos en su relación con el ejercicio de *ius puniendi* estatal, en particular, en los procedimientos sancionatorios, existe, en consecuencia, un deber de sujeción a los derechos fundamentales en el proceso sancionatorio administrativo. Sólo pueden ser sancionados los particulares por el Estado cuando éste ha ejercido su poder monopólico de conformidad a la Constitución de acuerdo a lo exigido por el artículo 6 que dispone que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

La aplicación de principios penales a la esfera administrativa confirma la dimensión objetiva y el efecto de irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico. Si la potestad sancionatoria penal debe en su regulación estricta sujeción a los imperativos constitucionales, la matización de los principios ubica en igual situación pasiva a las normas administrativas sancionadoras. La matización tiene un doble efecto. Primero, dotar a los procedimientos administrativos de criterios rectores de actuación de los poderes públicos, donde la relación entre el administrador y el administrado se sujete a directrices de

²⁶ NIETO G., Alejandro, “Derecho Administrativo Sancionador”, 2da Edición ampliada, Tecnos, Madrid, 1994, p. 167.

actuación que garantizan el no abuso o extralimitación del poder por parte del Estado. La no incorporación de los principios deja un margen considerable en los procedimientos sancionatorios a la administración, lo cual abre la puerta a la arbitrariedad.

En segundo lugar, la aplicación de principios reconoce o más bien afirma la sujeción del actuar del Estado en este tipo de actuaciones procesales sancionatorias a las normas constitucionales, no sólo las procedimentales en la creación de la ley (la CPR como mecanismos de producción normativa), sino sustancial, donde la CPR se instituye materialmente y las normas legales debe sujetar su accionar a los contenidos indisponible de la Constitución. La administración no puede pasar a llevar tales contenidos indisponibles.

En particular, es necesario aplicar en el caso en comento el principio de proporcionalidad en la sanción administrativa. La norma legal estableció que, frente a las declaraciones falsas (que no fueron sometidas a un proceso de verificación), se dispuso la medida de abandono en el plazo de 15 días.

¿Es posible considerar una sanción adecuada en términos de proporcionalidad el abandono del país por el hecho de contener declaraciones falsas (no acreditadas) el contrato de trabajo?

La **Declaración Americana de Derechos Humanos** expresa en el artículo 5.2 que *“Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. La norma internacional exige una adecuación entre acto y sanción. Ésta no puede ubicar a la persona objeto de ella en una posición de negación de sus derechos, y esto ocurrirá cuando el legislador contempla penas que exceden la relación que debe existir con la conducta a sancionar.

La **Corte Constitucional Colombiana** en la **Sentencia C 125-03 (c.j. 4)** explica la proporcionalidad que debe revestir la sanción administrativa. Expresa la Corte:

“En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en

rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”.

Se exige al legislador, para considerar proporcional una sanción, un proceso intelectual de adecuación entre sanción y fin de la norma (relación medio/fin), y de ajuste, entre conducta y sanción. La ley al establecer una sanción debe tener en consideración cual es el objetivo buscado con ella, y examinar si por medio de la sanción dispuesta se logra correctamente tal objetivo.

Puede ocurrir que la sanción sea demasiado leve con relación al acto antijurídico o, al revés, que sea demasiado gravosa. Primeramente debemos saber cual es el fin legítimo que se persigue con la medida. Luego, identificar si la medida es “idónea” o adecuada para ese fin. Seguidamente debemos examinar si es “necesaria”, es decir, si de las medidas posibles la elegida es la menos gravosa para los derechos de las personas. Finalmente, es necesario analizar los beneficios obtenidos con la medida versus el daño ocasionado a los derechos fundamentales.

La pregunta que se debe hacer el legislador es si la sanción dispuesta es la vía idónea para obtener el fin buscado. Si del cúmulo de medidas sancionatorias posibles (que permiten cumplir el fin buscado) eligió aquella que es menos gravosa para los derechos de la persona. En breve, si logra la realización del fin sancionador con la medida elegida causando el menor daño a los derechos. La sanción de abandono del país por el contrato con declaraciones falsas no cumple con el test de proporcionalidad.

La **Corte Interamericana** en diversas sentencias ha determinado la necesidad de proporcionalidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, exigiendo la concurrencia y aplicación del *test* antes descrito, donde debe observarse si la restricción del derecho es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto²⁷.

El Tribunal Constitucional chileno ha exigido la proporcionalidad de la sanción. Expresó en la **STC Rol N° 1046/2008** c.j. 22°

²⁷ Corte IDH, caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Sentencia de 20 de noviembre de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 2 de mayo de 2008; Corte IDH, caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte Interamericana de Derechos Humanos caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay”, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

“Al efecto, este Tribunal ha establecido que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes (...) Cualquiera sea entonces el camino que se siga para estudiar la constitucionalidad de las normas en examen, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”.

El principio de proporcionalidad exige la existencia de una adecuación entre el hecho objeto de la sanción administrativa y la sanción misma. Las sanciones que se impongan deben ser sólo y exclusivamente las estrictamente necesarias para que cumplan su doble finalidad represiva y preventiva; las sanciones, por tanto, no son instrumentos de ordenación y política sectorial, utilizables en función de los objetivos y necesidades propios de dicha política, sino instrumentos y necesidades propios de dicha política, sino instrumentos represivos cuya determinación cuantitativa está en función exclusiva de la gravedad de los hechos y las características del infractor.

Por otro lado, la sanción administrativa será proporcional cuando es limitada y controlada. Lo será cuando el importe o el tipo de la sanción que cabe imponer por la comisión de una infracción determinada ofrece un margen cuantitativo; la decisión acerca del *quantum* específico no constituye una decisión totalmente libre e incontrolable de la autoridad sancionadora, sino que puede ser íntegramente revisada por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, dentro de cuya competencia está fijar una sanción de importe diverso, en base a una distinta apreciación de las circunstancias²⁸.

²⁸ SANTAMARÍA P., Juan Alfonso op. Cit. Pp. 403 y 404.

En caso concreto, nos enfrentamos a una situación en la que una persona de nacionalidad haitiana desea residir en Chile con una visa de residencia sujeta a contrato. Es decir, su permanencia en Chile tiene un motivo de orden laboral. La voluntad de dicha persona es mantener ese vínculo legal con el país y solicita su visación. Al contener declaraciones falsas su contrato, el Ministerio del Interior rechaza la visación y ordena el abandono.

La aplicación de la norma legal, y de dicha sanción, aparejará la pérdida del derecho a residir en el país. Es una medida, por tanto, que dispone la pérdida de derechos para la persona afectada, por lo que es procedente exigirle al legislador que si va a sancionar con la pérdida del derecho a la residencia, el hecho por el cual se impone la medida lo merezca.

Podemos afirmar que sancionar una infracción legal migratoria persigue un fin constitucionalmente legítimo y es el establecer consecuencia jurídicas de afectación que debe soportar una persona por un actuar antijurídico. La pregunta concurrente es si la medida de abandono establecida por la ley es una sanción idónea para el fin buscado. El cuestionamiento debe ser si el abandono del país es una sanción adecuada para afectar jurídicamente a una persona. Discutiblemente se puede sostener la afirmativa. Pero, inmediatamente debemos verificar si la medida es la “necesaria” o menos gravosa para los derechos de las personas, y es ahí donde la sanción de abandono se transforma en una medida desproporcionada, ya que el fin buscado por la norma (que es sancionar la conducta antijurídica de la declaración falsa) se puede cumplir con un cúmulo de sanciones administrativas menos gravosas, como por ejemplo multas. Esta última sería una sanción idónea y necesaria, no así la impuesta por el legislador en el artículo 67 inciso 2.

No hay, por lo tanto relación entre medio y fin buscado con la sanción de abandono y se vulnera el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que el beneficio objetivo (sancionar a la persona) no dice relación con el daño causado a la persona (pérdida del derecho a residir en el país).

En síntesis, la aplicación de la norma que dispone el abandono como sanción al actuar ilegal, sería reconocer que pueda ejecutarse en la causa una sanción que no cumple con el test de proporcionalidad constitucionalmente exigido.

4.- El procedimiento de sanción no cumple el estándar del debido proceso al no disponer la ley las garantías judiciales mínimas para una debida defensa de las pretensiones de la persona sancionada.

Se estima que el régimen sancionatorio legal-migratorio no cumple con la exigencia de una investigación racional y justa dispuesta en el inciso 6 del artículo 19 N° 3 que señala:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

La norma, junto con establecer una sanción desproporcionada a la acción antijurídica, es al mismo tiempo, infractora del estándar internacional y constitucional de un procedimiento en el cual se instituyan las garantías judiciales para hacer valer las pretensiones de quien es objeto de una sanción por parte del Estado de Chile.

El artículo 67 inciso 2° establece que, una vez revocada o rechazada la autorización para permanecer en Chile, el Ministerio del Interior procederá a fijar un plazo, no inferior a 72 horas, para que el extranjero abandone “voluntariamente” el país. El inciso 4° del artículo 67 señala que si la persona no da cumplimiento al plazo dispuesto por el Ministerio del Interior, se dictará el decreto fundado de expulsión.

En contra de esta resolución sólo cabe el recurso de reconsideración ante la autoridad que dictó el acto recurrido, contemplado en el artículo 162 bis del Reglamento de Extranjería. Por su parte, frente al decreto de expulsión cabe un recurso ante la Corte Suprema en el plazo de 24 horas desde que hubiese tomado conocimiento de él. La Corte deberá fallar en el plazo de 5 días, contados desde su presentación (artículo 89 de D.L. N° 1094/75).

Se estima que este procedimiento de abandono, y en este caso en particular lo consagrado en el artículo 67 inciso 2° (que sólo puede ser entendido en concordancia con el artículo 162 bis del Reglamento de Extranjería, el inciso 4° del mismo artículo 67 y el artículo 89 del mismo decreto ley), no cumple el estándar de

un debido proceso ya que no establece las garantías judiciales suficientes a la persona objeto de la sanción para hacer valer sus defensas.

Simplemente dispone de un procedimiento incompleto que no cumple con la exigencia de reserva legal. Fija un plazo para el abandono que, sólo es reconsiderable por medio de un recurso dispuesto en una norma reglamentaria. La medida expulsiva potencialmente concurrente sólo contempla un plazo de recurribilidad de 24 horas.

Todo procedimiento sancionatorio debe contemplar garantías judiciales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que las garantías *sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho*. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de *proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1)*, vale decir, de los *medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia*²⁹.

El **artículo 8** de la **Convención Americana de Derechos Humanos** (Garantías Judiciales) expresa que:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Específicamente el numeral 2 del mismo artículo señala:

"(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa";

Lo que exige la Convención, y que ha sido sostenido por la Corte Interamericana, es que los procedimientos sancionatorios deben estar dispuestos

²⁹ Corte IDH, "Opinión Consultiva O.C. 8/87 del 30/01/1987.

en la ley, establecer tiempos razonables, afirmar el derecho a plazos y medios “adecuados” para su defensa, con miras a que existan posibilidad de una defensa “efectiva”³⁰.

La Constitución chilena en el 19 N° 3 consagra el debido proceso. Ella es la expresión de determinadas razones morales que la sociedad en un momento determinado considera valiosas y las específicas en determinados intereses jurídicamente protegidos (derechos) que deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado de acuerdo al inciso 2° del artículo 5 que señala que *“es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derecho (derecho esenciales), garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. De lo anterior se deriva una cuestión elemental que se debe tener presente: el deber de respeto y promoción de los derechos constituciones y los derechos consagrados en los tratados.

Es un derecho fundamental, y por tanto la aplicación en concreto de la potestad sancionatoria administrativa del Estado se ve compelida por mandato constitucional a ajustarse al contenido constitucional o esencial de los derechos en su accionar, de acuerdo a la exigencia del artículo 19 N° 26.

La **STC Rol N° 815/2008** en su considerando jurídico 9° dispuso que la tutela judicial efectiva es la expresión de valores. Señaló la sentencia: *“(...) el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado (...)”*.

La **STC Rol N° 1535/2010** señaló que *“(...) obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión”* (c.j. 18). Alcanza el derecho al debido proceso, con *“plena eficacia de todas las garantías que le son propias”* (c.j. 20).

El debido proceso (o tutela judicial en palabras del Tribunal Constitucional) se extiende a las actuaciones judiciales, a los actos jurisdiccionales o a las *decisiones administrativas que afecten el principio de legalidad o derechos del art. 19 N° 3*

³⁰ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, Sentencia de 30 de mayo de 1999.

(STC Rol N° 437/2005). La Corte Interamericana ha señalado que el debido proceso implica condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa, estableciendo “garantías judiciales”, entendidas como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales.

Así, es clave el contenido de la **STC Rol N° 1130/2008**. Estableció los elementos componentes del debido proceso y el rol del legislador. De manera que si un procedimiento sancionatorio no cumple dicho estándar, estaremos ante una situación de incumplimiento. Expresó la sentencia:

“(...) tanto los órganos judiciales como los administrativos cuando han de resolver un asunto que implique el ejercicio de la jurisdicción, han de hacerlo con fundamento en el proceso que previamente se incoe, el que ha de tramitarse de acuerdo a las reglas que señale la ley, la que siempre, esto es sin excepción alguna, ha de contemplar un procedimiento que merezca el calificativo de racional y justo. De ahí que el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquéllas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, o las restrinja en tal forma que la coloque en una situación de indefensión o de inferioridad” (c.j. 10).

De esta forma, se constituyen como elementos del debido proceso: el ejercicio de la jurisdicción en un proceso previamente iniciado, reglado por ley, racional y justo, los medios para una defensa oportuna y eficaz; etapas de discusión y de prueba e impugnación de pruebas; exclusión de aquello que restrinja los derechos de las personas o las deje en posición de indefensión. Es decir, las personas tienen derecho a que el conjunto de actos que conforman el litigio sean garantizados por el Estado.

En ello hay una complejidad adicional, por cuanto la entidad estatal es al mismo tiempo el principal sujeto vulnerador de los derechos, pero igualmente es el principal obligado a protegerlos y promoverlos, y en este sentido, debe disponer de las garantías o mecanismos de aseguramiento de los derechos, y al mismo tiempo no vulnerarlos, ordenando como un sujeto pasivo primario del deber de

respeto. Si la CPR dispuso determinadas garantías judiciales es el Estado en primer llamado a protegerlas.

La inaplicabilidad en concreto por vulneración del debido proceso se vincula a la reclamación presentada ante la Corte. Se debe examinar si el procedimiento legal (y su posible aplicación a la gestión judicial pendiente) contempla fórmulas que permitían hacer valer las pretensiones de la parte afectada. Si no los contempla, podemos afirmar que la aplicación de estas normas no cumple el estándar internacional ni interno y por ende deben ser declaradas inaplicables.

La norma legal enjuiciada no cumple el estándar internacional ni constitucional. Primeramente, la norma produce efectos inconstitucionales debido a que no contempla ningún mecanismo de reclamación y lo regula un reglamento. La ley no estableció como garantía la posibilidad de solicitar que lo resuelto sea revisado por el mismo órgano y otro superior, sino que es el Reglamento de Extranjería en el que se consagra el recurso de reconsideración. En esta parte se vulnera el imperativo de regulación legal expreso que indica tanto la norma internacional como constitucional dejando al mero arbitrio del Ministerio del Interior fijar el tipo de recurso, forma y requisitos para su interposición, plazo para ello, efectos de la interposición, la forma de notificación de la resolución del recurso; y los efectos de la no interposición. Es decir, todas materias que debió regular el legislador.

Es el legislador el llamado a establecer las normas del debido proceso que permitirán a las personas hacer valer sus alegaciones y defensas. Es el legislador, con un amplio margen de discrecionalidad, el que puede, siempre que se respete el contenido esencial del debido proceso, establecer la forma y contenido del ejercicio del debido proceso.

El procedimiento, además, no contempla plazos "adecuados". La ley no establece el plazo de abandono, sino que fija un "mínimo" de horas. Es el Ministerio del Interior, sin limitación alguna a partir de ese mínimo, el que fija cuando la persona migrante deberá abandonar el país, el cual puede ser muy largo, como también escaso, sin que pueda obtener una defensa adecuada. La norma legal no establece un procedimiento para ejercer el derecho a la defensa de la persona migrante. La regla establecida a favor del Ministerio obra como una norma arbitraria, en razón que éste no está obligado a ceñirse regulación procesal alguna. El migrante está sujeto a la voluntad subjetiva de la Autoridad. Estamos hablando de un caso donde la aplicación de la norma se vincula a la medida de

abandono por “declaraciones falsas”, sanción respecto de la cual se afirmó su desproporción.

El procedimiento debe estar instituido de manera tal que permita a cualquier persona saber de antemano que el Estado, ante una infracción legal-migratoria, dispondrá de mecanismo para sancionar, pero al mismo tiempo, de instrumentos procesales para hacer valer los derechos y establecer procedimientos que ubiquen en posiciones simétricas al Estado sancionador y a la persona extranjera sancionada.

En este sentido la Corte Interamericana de DDHH ha sostenido sobre el principio de imparcialidad que *“primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde el punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto (...) Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, y sobre todo, en las partes del caso”*³¹.

Complementando lo anterior, cabe precisar que el **Informe Anual del Instituto de Derechos Humanos para el año 2011** afirmó la gravedad del establecimiento de plazos breves para reclamar por las medidas expulsivas. Se sostuvo en el Informe:

*Es igualmente grave que cuando las autoridades administrativas decretan la expulsión, las personas afectadas cuentan con el estrecho plazo de 24 horas para presentar un recurso de reconsideración ante la Corte Suprema, acción que paralizaría el proceso de expulsión hasta la resolución del caso por parte de este tribunal superior. Un principio fundamental en derechos humanos es que quienes consideren vulnerados sus derechos –en este caso, con independencia de su nacionalidad y situación migratoria– accedan a un recurso judicial efectivo a tales situaciones. Las disposiciones actuales afectan este derecho, más aún teniendo en cuenta las particulares condiciones de vulnerabilidad de aquellos/as en situación irregular que en muchas ocasiones no cuentan con información suficiente sobre cómo responder ante esta situación”*³².

³¹ Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 170.

³² INDH, Informe Anual de Derechos Humanos, año 2011, pp. 206-207.

Así mismo, el Comité sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (Comité CMW) recomendó a Chile ampliar el plazo de presentación de recursos contra decisiones de expulsión de modo que el marco jurídico que regula los procedimientos de expulsión y deportación se aplique adecuadamente³³.

En definitiva el inciso 2° del artículo 67 del Decreto Ley no dispone de un procedimiento reglado por ley, no contempla de los mecanismos (legales) para una defensa oportuna y eficaz, ni etapas de discusión y prueba; ubicando a la Sra. Fortilus en una clara posición de indefensión en la aplicación concreta.

V.- LA VULNERACIÓN DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 7 DE LA CONSTITUCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL INCISO 1° DEL ARTÍCULO 13 DEL D.L. N° 1094 DE 1975

Este Instituto estima que la potencial aplicación decisiva del inciso 1° del artículo 13 puede producir un efecto inconstitucional que vulnera el artículo 7 de la Constitución. La facultad que dispone la norma legal no cumple con el estándar constitucional exigido para una correcta ejecución de la discrecionalidad, ya que la ley no contempla los elementos mínimos necesarios para el ejercicio constitucional de una potestad discrecional.

Al contener el inciso 1° del art. 13 una fórmula legal incorrecta, el ejercicio de la potestad conllevará que el Ministerio, necesariamente, se tiene que atribuir más derechos que los indicados en la Constitución y la ley. Frente a una potestad discrecional viciada, el ejercicio de ella exige que la autoridad determine los alcances de la discrecionalidad, cuestión no permitida por cuanto no tienen esos derecho, y en razón que los procedimientos administrativos deben ser indicados por ley. Es la ley la que debió consagrar todos los elementos del estatuto de la discrecionalidad.

Además, uno de los criterios legales para conferir la visa, la conveniencia o utilidad, es inconstitucional por establecer discriminaciones arbitrarias en razón de la nacionalidad, de modo que, no es posible aceptar que la discrecionalidad no sólo esté mal reglada, sino que además, se base en criterios inconstitucionales.

³³ Comité CMW, CMW/C/CHL/CO/1, op. cit., párrafo 29.

Tal construcción disconforme de la ley conlleva que siempre la norma pueda tener en el caso concreto una aplicación que excede las potestades conferidas al Ministerio. La ley no contiene los elementos delimitadores que permitan su conformidad a la Constitución. La hipótesis de la ley no cumple el estándar de discrecionalidad, por lo que deviene en un ejercicio excedido. Aplicar la facultad discrecional cuando esta no cumple el estándar para este tipo de atribuciones es afirmar un accionar que extralimita la autoridad y derechos de la Administración. El habilitar una actuación arbitraria excede los contenidos del art. 7 CPR, pues está vedado a la autoridad extralimitarse en el ejercicio de una potestad pública. El principio que rige es el inverso: el de interdicción de la extralimitación de los órganos públicos.

El artículo 13 inciso 1° del D.L. N° 1094/75, establece:

*“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, **atendiéndose 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 (...).*

El Decreto Ley establece para la administración una potestad de ejercicio discrecional. Dispone que el Ministerio del Interior ejercerá sus atribuciones con relación al otorgamiento de visas y para la concesión de la permanencia definitiva de manera “discrecional”. Estamos en presencia de un tipo de norma de contenido habilitatorio para la Administración. La ley establece el supuesto normativo atributivo. Radica en el poder público la facultad de tomar una decisión, con base legal, para resolver una situación fáctica concreta.

Primeramente se debe reconocer que, en general, este tipo de normas son un tipo de fórmulas legales permitidas siempre y cuando cumplan ciertos requisitos que no las transformen en normas de amparo a la arbitrariedad. Confieren un margen de realización a la autoridad. El legislador opta, de acuerdo al tipo de situación a regular, por radicar en la Administración un cierto margen decisonal en la adopción de un acto administrativo. Existe una relación entre fórmula legal y accionar de la autoridad. La ley dispone los espacios dentro de los cuales la Administración aplicará la ley (para que ejecute los supuestos legales de

aplicación de la ley). Lo determinante es que es dentro de esos contornos legales se ejercerá la atribución discrecional.

Sólo existe una atribución discrecional por mandato del legislador. El ejercicio de la facultad está circunscrito a la habilitación legal. Para ello, es necesario que la norma legal esté correctamente formulada desde la perspectiva constitucional, es decir, que no dote a la autoridad de espacios donde pueda ejecutar la norma discrecional como una mera acción voluntaria, sin razón ni justificación, o donde, y como ocurre en este caso, las razones legales (conveniencia y utilidad) son inconstitucionales.

Luego, se debe examinar el contenido del ejercicio de la atribución, y si esta se ejerció dentro de tal ámbito competencial y dentro de los "márgenes" que permite la discrecionalidad, es decir, en el ejercicio de una potestad pública que se sujeta a los estándares de una decisión motivada jurídicamente, y no a meras apreciaciones de autoridad sin razones justificatorias. El reconocer un espacio subjetivo-apreciativo a la Administración no es conciliable con ejercicio arbitrario, no fundado, de tal potestad.

La ley puede establecer dos fórmulas de actuación para la Administración. La norma podrá especificar cada uno de los elementos de actuación del órgano de Estado o, si es necesario, establecerá "algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad", remitiendo a la "estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (...), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (...), bien ambos elementos"³⁴.

En la primera, es el legislador el que establece todos los supuestos que determinan el desenvolvimiento de la Administración, correspondiéndole a ésta aplicar el contenido normativo al caso concreto. El acto será ajustado o no a antijurídico, si se ejecuta o no el mandato legislativo.

La segunda situación es diferente. La Ley establece una regulación, pero no detallada. Reconoce un espacio a la subjetividad del poder público administrativo en la aplicación de la ley. Es una norma legal que no contiene todos los supuestos aplicativos, por lo que, enfrentados a la aplicación concreta de ella, se radica en la

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-ramón, Op. Cit, pp. 460 y 461.

Administración el completar “el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”³⁵.

Este espacio no es extra-legal, sino legal, donde la norma es la que hace un llamamiento a la administración para su apreciación. Lo anterior no es menor, pues, como dice García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández:

“Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma; más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no analizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo”.

La doctrina indica que la ley debe reglar a lo menos 4 elementos:

- a) la existencia misma de la potestad;
- b) su extensión, que no puede ser absoluta;
- c) la competencia para actuarla, referida a un órgano determinado y,
- d) el fin, entendiéndose que todo poder conferido por la ley es para el cumplimiento de una finalidad específica, la cual debe ser una finalidad pública.

Además debe concurrir el tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio y fondo parcialmente reglado. “De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un *compositum* de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora”³⁶.

De igual manera, el correcto ejercicio de la atribución **debe diferenciar entre discrecionalidad y arbitrariedad**. Como señala el Tribunal Constitucional español:

“Nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, y no meramente de

³⁵ Op. Cit., p. 461.

³⁶ Op. Cit. Pp. 462 y 463.

una calidad que las haga inatacables. Mientras lo segundo o no tiene motivación respetable, sino –pura y simplemente. La conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter de realmente indefinible y su inautenticidad” (STC español de 13 de julio de 1984).

Lo exigible a la autoridad pública es no sólo que tome decisiones en ejercicio de habilitaciones legales, sino que ellas sean fundadas. Todo acto de la Administración debe ser un acto motivado y la motivación consiste en dar razones para la adopción de una decisión.

La discrecionalidad exige el establecimiento de razones que indiquen clara y precisamente cómo y bajo que antecedentes objetivos se ha adoptado una decisión. El artículo 10 inciso 2° de la Ley 19.880, sobre procedimiento administrativo, dispone la necesaria motivación de los actos:

“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Las razones que la autoridad debe aducir para excluir la arbitrariedad tienen que tener alguna consistencia. La decisión debe poder sostenerse en uno o más fundamentos objetivos. Es exigible que existan razones justificativas, susceptibles de asegurar para la decisión a la que se refiere el calificativo de racional.

El principio de interdicción de la arbitrariedad exige a todos los poderes públicos, y entre ellos a la administración, “justificar con las razones del Derecho sus propias decisiones sometidas a su control (...) la Administración es libre de elegir, dentro del amplio espacio que en cada caso le dejen la Ley y el derecho, el tipo de razones ... que hayan de servir de soporte a sus decisiones” Se debe verificar si en el “ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado³⁷.

³⁷ Op. Cit. P. 487 y 488.

Estos elementos que debe recoger el legislador apuntan a que el ejercicio no se transforme en arbitrario. El problema del inciso 1° del artículo 13 es que no cumple con el estándar de constituir una norma legal que contenga una atribución discrecional que no devenga en un ejercicio extralimitado de sus atribuciones.

La norma se acomoda de una manera que en su aplicación deja a la Autoridad en un ejercicio casi ilimitado, donde las únicas delimitaciones normativas existentes son inconstitucionales (conveniencia y motivación); y no se persigue un fin público.

En efecto, el Inciso primero únicamente establece que el Ministerio del Interior puede ejercer “discrecionalmente” la facultad, pero no le dispone los márgenes o la fórmula legal de cómo ejercer la facultad. Lo único que establece es lo enjuiciado más arriba en este escrito que son los criterios de “conveniencia y utilidad” (además de reciprocidad), criterios que son vulneratorios del derecho a la igualdad. Es en este sentido que la norma no cumple dos de los requisitos que se le exigen: no ser absoluta y perseguir un fin público, y por ende, legítimo.

La facultad discrecional para el otorgamiento de visas bajo los criterios de conveniencia y utilidad se ordena como atribución de ejercicio inconstitucional ya que el parámetro de ejercicio es inconstitucional. De esta manera no persigue ningún fin público legítimo.

Lo anterior sitúa a la autoridad ministerial en un ejercicio contrario al art. 7 de la Constitución, por cuanto para ejercer la atribución del artículo 7 debe atribuirse más derechos de los que el ordenamiento le confiere al estar mal formulada la ley. El ejercicio del inciso 1° del artículo 13 conlleva la arbitrariedad.

Establece este artículo:

“Los órganos del Estado actúan válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

El artículo consagra el “principio de juridicidad”. Se refiere a que un poder público y los integrantes de éste sólo pueden actuar dentro del ámbito de atribuciones expresamente señaladas, de acuerdo a lo dispuesto por el legislador y siempre que haya sido elegido o nombrado para ejercer aquellas funciones públicas.

Es la Constitución y la ley la que les fija a los órganos del Estado y sus integrantes su marco atributivo. Son estos cuerpos normativos los que le indican su ámbito de acción. En este espacio jurídico de desenvolvimiento es donde concurre el deber de realizar las funciones y atribuciones que se le disponen, como también la obligación de inhibirse de ejecutar comportamientos que no estén expresamente radicados por la CPR y la ley.

Bajo esta premisa, el principio de juridicidad tiene una dimensión de acción y otra de omisión. Los órganos del Estado y sus integrantes sólo pueden realizar aquellas actuaciones que la CPR y la ley disponen, y les está vedado incurrir en acciones que no estén expresamente dispuestas. Hay en esta segunda dimensión un imperativo de omisión. Un actuar será inconstitucional al vulnerar lo que la Constitución expresamente señala, como también se ejecuten actos no estando facultado para ello.

El Tribunal Constitucional le ha otorgado esta significación al principio. Ha afirmado que los poderes públicos sólo pueden realizar aquellas acciones que están dentro de la esfera de sus atribuciones y competencial legales. Refiriéndose a su propio radio de acción afirmó que el TC en la STC N° 740/2008: *“sólo puede ejercer dichas competencias en los casos y formas establecidas por la Constitución y las leyes”*³⁸. Con relación de los demás poderes del Estado, y con expresa mención al poder legislativo, indicó en su STC N° 591/2007 que **“tanto el legislador, el administrador, como los jueces deben actuar sólo en las materias que les son asignadas por la Constitución o la ley, de acuerdo al principio de juridicidad y supremacía de la Constitución contenido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental”**³⁹.

Bajo ese ámbito, la CPR mandata al legislador el desarrollar, en concreto, las funciones y atribuciones. Así se instituye el principio de legalidad. Para el

³⁸ STC Rol N° 740/2008, c.j. 27.

³⁹ STC Rol N° 591/2007 c.j. 12.

profesor Silva Cima, el principio de legalidad es el “respeto a la ley, tanto desde el punto de vista de la función pública, de su autoridad y del origen que la materializa; esto es, respeto a la ley en la estructura del órgano como en la actividad y gestión de los administrados (...)”⁴⁰. Se ha entendido como expresión del imperio y primacía de la ley, como manifestación de la voluntad del titular de la soberanía representado en el parlamento⁴¹ (Congreso). Se exige un apego estricto a la ley. Sólo se pueden realizar aquellas acciones que la ley dispuso que un órgano o sus integrantes.

El principio de juridicidad y de legalidad se ven reafirmados por la propia CPR en el inciso 2° del art. 7. La norma consagra el **principio de separación de poderes o de interdicción de la extralimitación de los órganos públicos**. Es un principio organizacional del poder del Estado, que busca garantizar a las personas que los órganos del Estado no actuarán de manera arbitraria o sin control normativo, estableciéndole a cada órgano público ciertas fracciones de autoridad. Permite saber qué órgano es el que tiene determinadas facultades o funciones, otorgando certeza al derecho, en razón que determinados actos de autoridad, en el ejercicio de sus funciones, producirán determinados efectos. Se ordena como una garantía que tales funciones sean ejercitadas por el órgano a cual institucionalmente se le atribuyó⁴².

Los órganos del Estado sólo pueden actuar en beneficio del interés público, en el ámbito de su competencia, de acuerdo a los procedimientos demarcados por la ley y con pleno respeto a los valores constitucionales y legales, evitando actuaciones o comportamiento arbitrarios⁴³.

El principio de interdicción conlleva que los sujetos pasivos no pueden atribuirse más autoridad o derechos que los que expresamente se les confirió. Hay tres puntos nucleares en el inciso. Primero, el sujeto obligado, referido a toda magistratura (poder público), persona o grupo. Segundo, el alcance de la prohibición, vinculada a la prohibición de atribuirse más autoridad y derechos. El vocablo “autoridad” se refiere a competencia, potestad o poder, de manera que, la prohibición de este inciso 2° es de “atribuirse autoridad, o sea, apropiársela, lo cual

⁴⁰ SILVA C., Enrique, “Derecho administrativo chileno y comparado, principios fundamentales del derecho público y Estado solidario”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1996, p. 21.

⁴¹ LÓPEZ G., Luis “et al”, “Derecho constitucional, volumen I”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, p. 73.

⁴² MARTINES, Temistocle, “Diritto costituzionale”, Milano, Giuffrè Editore, 2007, pp. 110 y 111.

⁴³ LÓPEZ G., Luis “et al”, op. Cit. p. 75 y 76.

equivale a arrojarse la competencia radicada en órganos distintos”⁴⁴. Los derechos se refieren facultades que la CPR y la ley fijaron y la imposibilidad de auto-asignárselas. En tercer lugar, nos referimos al alcance de las atribuciones constitucionales y legales, pues la CPR exige que éstas hayan sido radicadas “expresamente”, es decir, que la CPR y la ley en sus enunciados normativos dispongan la autoridad y derechos de cada sujeto compelido por el inciso 2º.

Lo anterior excluye la fijación de facultades (autoridad y derechos) por derivación constitucional o atribuciones auto-atribuidas. La CPR vedó la radicación de facultades de los poderes públicos o de las entidades privadas como consecuencia de interpretaciones del sentido y alcance de las formas constitucionales o legales.

Junto con fijar las funciones y atribuciones y ordenar la separación de éstas, y por ende de su radio de acción de los órganos del Estado, el principio de interdicción de la extralimitación del poder se establece como una garantía o instrumento de aseguramiento de las personas en contra el poder. El fraccionamiento normativo del poder se ordena como una regulación o limitación al Estado. La relación asimétrica existente entre la persona y el Estado sólo puede ser regulada por medio del derecho, donde los poderes públicos tienen expresamente delimitadas su esfera de actuación con el objeto de evitar el abuso de poder sobre las personas.

La actuación conforme de los poderes públicos es un elemento básico del Estado de derecho, caracterizado por la sujeción a la ley, la división de poderes y la consagración de derechos fundamentales y sus garantías. Aquí concurre el principio de seguridad jurídica, referido a la “*regularidad o conformidad a derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos*”⁴⁵. La actuación conforme permite a los ciudadanos saber a priori cómo y de qué manera actuarán los órganos del Estado.

En el caso concreto, la aplicación de la norma establecida en el inciso 1º del artículo 13 produce efectos inconstitucionales. Si la Corte Aplica la norma, deberá reconocer que la autoridad administrativa puede ejecutar una acción que no cumple con el estándar de una habilitación discrecional, al no establecer la ley las

⁴⁴ CEA E., José Luis, “*Derecho Constitucional, Tomo I*”, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2008, p. 252.

⁴⁵ LÓPEZ G., Luis “et al”, op. Cit. p. 65.

delimitaciones necesarias para su ejecución y considerando que los criterios referenciales (conveniencia y utilidad) tienen también una aplicación inconstitucional. Bajo esta situación, la autoridad deberá ejecutar la norma legal sin fórmula legal, debiéndose atribuir más autoridad y derechos que los que están determinados por la Constitución y la ley, infringiendo de este modo el artículo 7 de la Constitución.

VI.- CONCLUSIONES

En razón de lo precedentemente expuesto, se viene en solicitar la inaplicabilidad del inciso 1° del artículo 13 en razón de que su aplicación concreta en la gestión pendiente vulnera el derecho a la no discriminación arbitraria al establecer una diferencia no justificada por nacionalidad entre chilenos y extranjeros con relación al derecho a residir en el territorio nacional.

De igual manera, se viene en solicitar la inaplicabilidad del inciso 2° del artículo 67 del Decreto Ley, pues que la medida de abandono por declaraciones falsas es una sanción desproporcionada, que no pasa el *test* de proporcionalidad exigido para las sanciones administrativas legales.

También se estima el procedimiento de abandono, y en este caso particular lo consagrado en el artículo 67 inciso 2° (que sólo puede ser entendido en concordancia con el artículo 162 bis del Reglamento de Extranjería, el inciso 4° del mismo artículo 67 y el artículo 89 del mismo decreto ley), no cumple el estándar de un debido proceso ya que no establece las garantías judiciales suficientes a la persona objeto de la sanción para hacer valer sus defensas.

Como se indicó en el presente escrito, la aplicación del inciso 1° del art. 13 del Decreto Ley de Extranjería puede producir un efecto inconstitucional que vulnera el artículo 7 de la Constitución. La facultad que dispone la norma legal no cumple con el estándar constitucional exigido para una correcta ejecución de la discrecionalidad, ya que la ley no contempla los elementos mínimos necesarios para el ejercicio constitucional de una potestad discrecional, por lo que el ejercicio de la potestad extralimita los derechos conferidos por la Constitución y la ley al Ministro del Interior.

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicito a SS. Excelentísimo: Tenerlo presente

000324

trecientos veinticuatro

PRIMER OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2º de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante INDH, el dispone que *"El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional"*. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas respectivamente en los números 2, 4 y 5 del artículo 3º de la Ley 20.405:

- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y,
- Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva;
- Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

POR TANTO,

Solicito a SS. Excelentísimo: tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSÍ: Que por este acto, acompaño copia simple de la Sesión Constitutiva del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que con fecha 30 de julio de 2010, nombró directora a doña Lorena Fries Monleón.



Rep. N° 1 1 1 3 8 / 2010.-

O.T.: 290415

**SESIÓN CONSTITUTIVA
CONSEJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS**

En Santiago de Chile, a treinta de Julio de dos mil diez, ante mí, [REDACTED]
[REDACTED] abogado, domiciliada en [REDACTED]
[REDACTED] oficina ochocientos cincuenta y siete, Notario Suplente de don
Patricio Zaldívar Mackenna, titular de la Décimo Octava Notaría de Santiago,
según Decreto Judicial de fecha seis de Julio de dos mil diez, protocolizado con
fecha nueve de Julio del mismo año, bajo el Repertorio número diez mil ochenta y
uno / dos mil diez, comparecen: don [REDACTED], chileno,
divorciado, cédula nacional de identidad número [REDACTED]
[REDACTED] domiciliado en [REDACTED]
[REDACTED] y
expone: Que debidamente facultado viene en reducir a escritura pública la
"SESIÓN CONSTITUTIVA CONSEJO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
DERECHOS HUMANOS", cuyo texto es del siguiente tenor: "En Santiago de
Chile, a veinte de julio de dos mil diez, ante mí, doña [REDACTED]
Notario Suplente de don [REDACTED] siendo las quince treinta
horas, en la Biblioteca Nacional ubicada en Avenida Libertador Bernardo
O'Higgins número seiscientos cincuenta y uno, Santiago, se reunió el Consejo del
Instituto Nacional de Derechos Humanos de conformidad a lo establecido en el
artículo sexto de la ley número veinte mil cuatrocientos cinco, con el objeto y en
los términos que a continuación se señalan: **PRIMERO.- OBJETO DE LA
SESION.** La presente sesión ordinaria tiene por objeto constituir formalmente el
Consejo a quien le corresponde la Dirección Superior del Instituto y elegir un/a
Director/a del Consejo que a su vez lo será del Instituto Nacional de Derechos
Humanos, en los términos y con las facultades establecidas en la ley respectiva.

000326

Treientos Veintiseis

SEGUNDO.- CALIDAD DE CONSEJEROS. La calidad de Consejeros del Instituto Nacional de Derechos Humanos se acredita con la exhibición del Diario Oficial de fecha dos de julio de dos mil diez donde aparece publicado el Decreto Supremo número sesenta del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de fecha veinte de mayo de dos mil diez. **TERCERO.- QUÓRUM DE ASISTENCIA.** La presente sesión constitutiva se celebra con la totalidad de los Consejeros que integran el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos, individualizados a continuación: Doña Pamela Pereira Fernández y don Luis Edgardo Hermosilla Osorio, designados por el Senado de la República. Don Roberto Garretón Merino y don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg, designados por la Honorable Cámara de Diputados. Doña Julia Lorena Fries Monleon, don Claudio Enrique González Urbina, don Enrique Núñez Aranda y don Sergio Cristian Fuenzalida Bascuñan, designados por las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los Derechos Humanos. Doña María Luisa Sepúlveda Edwards y Manuel Antonio Núñez Poblete designados por el Presidente de la República. Don Eugenio Díaz Corvalán, designado por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades integrantes del Consejo de Rectores y de universidades autónomas. **CUARTO.- ELECCIÓN DE DIRECTOR/A.** Con la totalidad de los Consejeros/as presentes se procede a elegir al Director/a del Instituto Nacional de Derechos Humanos, que a su vez lo será del Consejo, de conformidad a lo establecido en el artículo seis de la ley veinte mil cuatrocientos cinco. Realizado el recuento de votos en esta misma sesión, ha sido elegido/a por mayoría absoluta doña Julia Lorena Fries Monleón. **QUINTO: FUNCIONES DEL DIRECTOR/A.** De conformidad a lo establecido en el artículo noveno de la ley veinte mil cuatrocientos cinco, corresponderá al Director/a: uno) Dirigir administrativamente el Instituto. dos) Presidir las sesiones del Consejo. tres) Representar judicial y extrajudicialmente al Instituto, así como ejercer su representación internacional. cuatro) Dictar las resoluciones necesarias para dar cumplimiento a los acuerdos del Consejo. cinco) Elaborar una propuesta del Informe Anual establecido en el artículo tres número uno y de los demás informes a que se refiere esta ley y



presentarlos a la aprobación del Consejo. seis) Realizar todas las acciones que el Consejo le encomiende. siete) Las demás que le señale la ley. **SEXTO: FIRMA DEL ACTA Y APROBACIÓN DE LA MISMA.** Por unanimidad se acordó que firmen el acta todos los Consejeros presentes. **SEPTIMO: ESCRITURA PÚBLICA.** Los Consejeros acuerdan por unanimidad facultar a don Luis Edgardo Hermosilla Osorio a fin de que proceda a reducir la presente acta a escritura pública. Se termina la sesión siendo las dieciséis treinta horas." Hay firmas: Doña Pamela Pereira Fernández, Don Luis Edgardo Hermosilla Osorio, Don Roberto Garretón Merino, Don Miguel Luis Amunátegui Monckeberg, Doña Julia Lorena Fries Montleon, Don Claudio Enrique González Urbina, Don Enrique Núñez Aranda, Don Sergio Cristian Fuenzalida Bascuñan, Doña María Luisa Sepúlveda Edwards, Don Manuel Antonio Núñez Poblete, Don Eugenio Díaz Corvalán. En comprobante y previa lectura, firman los comparecientes el presente instrumento.-
Di copia.- Doy fe.-

LUIS EDGARDO HERMOSILLA OSORIO



Acte -

Repertorio	: 11138
J. Registro	: L.Z.G
Nº de Firmas	: 1
Nº de Copias	: 4
Derechos	: \$
Impuestos	: \$
Form. 2890	: _____



ESTA COPIA ES TESTIMONIO FIEL DE SU ORIGINAL.- Santiago, treinta de Julio de dos mil diez.-

