



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

Debido Proceso en la expulsión de inmigrantes en Chile y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Memoria para optar al grado de Licenciado en
Ciencias Jurídicas y Sociales**

Autor

Tomás Ignacio Pascual Ricke

Profesor Guía

Claudio Nash Rojas

17/10/2011

***Todos somos inmigrantes
en algún lugar del mundo***

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN.....	5
PARTE I: Migraciones y Derechos Humanos	9
1. Consideraciones preliminares del Fenómeno Migratorio:	9
1.1. En el mundo:	9
1.2. En Latinoamérica.....	13
1.3. En Chile:	16
2. Derechos Humanos y Migración	20
2.1. Aproximación a los conceptos de DDHH y DIDH:	20
2.2. Encuentro de dos sistemas de protección; Nacional e Internacional:.....	28
3. El inmigrante como sujeto de protección de los Derechos Humanos.....	34
PARTE II: Conceptos e ideas de la Expulsión y el Debido Proceso	37
1. La Expulsión en la política migratoria	37
1.1. Política Migratoria; Consideraciones generales.....	38
1.2. Concepto y consideraciones generales de la Expulsión:.....	42
1.3. La expulsión como sanción, herramienta de control o respuesta socio-política: ...	45
2. El Debido proceso:	49
2.1. Origen y Naturaleza Jurídica del concepto.	49
2.2. Marco Normativo básico.....	54
2.3. Concepto acuñado por la jurisprudencia interamericana:	59
2.4. Consagración normativa y concepto acuñado por la doctrina y jurisprudencia local.	69
PARTE III: La práctica de la Expulsión; el marco normativo y la opinión de los Tribunales	80
1. Breve análisis normativo y jurisprudencial en la Región	80
2. Procedimiento de expulsión en Chile:	87
2.1. Marco Normativo.....	87
2.2. El proceso de expulsión en la práctica.....	91
3. Debido Proceso en la Expulsión de inmigrantes en Chile	92
3.1. Inobservancia del Debido Proceso en el procedimiento de expulsión.....	92

3.2. [In]eficacia de los mecanismos de impugnación	98
4. Aspectos a considerar para un cambio en la legislación	104
CONCLUSIONES.....	108
Anexo 1	113
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	119

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos a continuación se enmarca dentro de un esfuerzo prolongado por el conocimiento del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (en adelante SIDH) y en particular de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Corte o Corte IDH), por robustecer el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Convención) suscrita por Chile y ratificada el año 1991 mediante la publicación del decreto promulgatorio No. 873 de 23 de agosto de 1990.

La ratificación cobra importancia toda vez que de acuerdo a la disposición constitucional contenida en el artículo 5 inciso 2º, los convenios internacionales deben ser respetados y garantizados por el Estado chileno, rigiendo de manera obligatoria para nuestro país como parte de un cuerpo normativo interno.

En dicho esfuerzo se encuentra también La Corte, que a través de su jurisprudencia va dando la pauta acerca del modo en que deben respetarse y garantizarse los derechos contenidos en la Convención, de modo que su trabajo a través de sentencias, opiniones consultivas y medidas cautelares entre otros, serán de vital importancia para fijar el sentido y alcance de las normas internacionales, con el objeto de adecuar, si fuere necesario, el ordenamiento jurídico interno cuando éste se encuentra en contraposición a los instrumentos internacionales y las entidades que están llamadas a hacerlos cumplir, como sucede en este caso con la Convención y la Corte.

Conforme a lo anterior, el esfuerzo del que hablamos al principio, viene dado por responder a la pregunta de si acaso es Chile un país respetuoso con los Derechos Humanos garantizados en su Constitución y los de la Convención Americana a su vez, particularmente los que dicen relación con el Debido Proceso y la expulsión de ciudadanos inmigrantes.

Porqué los inmigrantes, es la pregunta que uno válidamente puede hacerse. Pues bien, a partir de la experiencia que en este ámbito tienen países que históricamente han sido receptores de ciudadanos extranjeros y las políticas públicas diseñadas a partir de este complejo panorama para “combatir” esta realidad, vemos que se suelen pasar por alto una serie de derechos que les son desconocidos, aun cuando bien sabemos que éstos (los derechos) también deben ostentarse por quienes están como extranjeros en un país distinto del propio.

Tan significativo ha sido la importancia que de un tiempo a esta parte ha adquirido el fenómeno de los migrantes, que se ha llegado a revisar cuán universales son los derechos humanos cuando se enfrentan a este tipo de realidades, ya que las personas migrantes, con frecuencia no son destinatarios de ciertos derechos civiles y políticos, siendo excluidos de todo tipo de beneficio social. Sumado a lo anterior, los prejuicios sociales y culturales en los países de acogida, se llega a una marginación de amplios sectores de la población que no encuentran respuesta al clamor de sus derechos¹.

Lamentarnos puede ser un primer paso, pero creemos firmemente que dicho lamento debe traducirse en un esfuerzo por superar lo que a priori hemos constatado, aportando a través de este tipo de trabajos elementos que permitan apreciar con objetividad las realidades locales, en este caso la chilena, y de este modo responder a la inquietud de si acaso somos realmente observadores de aquellos preceptos internacionales que tanta popularidad otorga al momento de estampar la firma.

Por lo tanto, y pasando a la metodología que utilizaremos para arribar a la respuesta, se hace necesario recorrer varias etapas previas, que consistirán básicamente en la necesidad de dar un contexto al fenómeno de los migrantes, explorar la situación actual tanto en el mundo como a nivel local, para dar pie a la institucionalidad que se sigue en torno a esta materia a nivel local, y así poder entrar en la problemática jurídica que enfrentan hoy los extranjeros en Chile al momento de

¹ Cfr. CERIANNI, Pablo. Derechos Humanos y Migraciones. el fenómeno de los no-ciudadanos. En: TRABUCCO Z. Alia. (ed) Derechos Humanos Hoy, Balance Internacional. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Editorial Catalonia, p. 147.

ser expulsados, tomando siempre en consideración los criterios dados por La Corte Interamericana en su abundante jurisprudencia.

De este modo, el trabajo desea llegar a su fin con una idea clara de lo que sucede en Chile, a partir de lo contrastado entre la normativa y jurisprudencia internacional con la de los Tribunales locales y la legislación imperante que se aplican a casos de esta índole en nuestro país, dándole al lector la posibilidad de encontrar criterios que ayuden a identificar los elementos que contribuyan al diseño de un derecho local consecuente con las obligaciones internacionales contraídas.

Para lo anterior, se requerirá de un estudio minucioso de la jurisprudencia internacional, los documentos elaborados a este respecto y la realidad local, que permitan dar herramientas viables al fenómeno y dilucidar las respuestas que como Estado, se dan en la actualidad ante los casos conflictivos de respeto a los derechos de los extranjeros en procesos de expulsión.

Serán de gran ayuda, y sólo como un elemento que ilumine nuestro trabajo, todos aquellos datos estadísticos que podamos incorporar en orden a comprender de mejor manera el fenómeno migratorio y la consecuente expulsión como herramienta sancionatoria y soberana que cada Estado posee de manera legítima

Chile, con su historia reciente de afectación a los Derechos Humanos, está llamado a ser un Estado sumamente cuidadoso en aquellos temas que se cruzan con el respeto a estos derechos. No es que los demás Estados de la región se encuentren liberados de dar un cuidado especial a los Derechos Humanos, pero la dolorosa experiencia que aun resuena entre quienes fueron víctimas y victimarios de los atentados contra vidas de miles de personas en nuestro país, debe constituir un elemento que genere una conciencia de pertenencia respecto de los problemas que siendo de otros -en este caso los inmigrantes- van en contra de los mismos Derechos Humanos que entre los años 1973 y 1990 fueron dejados en segundo plano.

Lo anterior constituye un aliciente al momento de emprender el trabajo, pues tenemos la sensación (que esperamos corroborar a lo largo de este trabajo) de que los olvidados hoy son precisamente los inmigrantes.

Si bien, nuestro país no es considerado como uno receptor de ciudadanos migrantes, lo que sí sucede en el caso de los Estados Unidos de América por ejemplo, lo cierto es que ello no obsta para dar cumplimiento, al menos en la forma, a las obligaciones contenidas en las leyes locales e internacionales.

Motivados por un problema que cada día se enciende con mayor fuerza en fronteras lejanas a las nuestras, donde los ciudadanos migrantes y los procedimientos de expulsión de los mismos resultan aberrantes, nace la idea de revisar la escena nacional, que intuimos, no ha sido objeto de detallado análisis ni en la jurisprudencia ni a nivel legislativo.

Importante será considerar, al leer estas líneas, que no escondemos otro objetivo que describir el escenario actual de Chile relativo a la temática migratoria. Comparar si dicho escenario cuenta con los atributos mínimos que voluntariamente ha aceptado incorporar, a través de los derechos que se han incorporado automáticamente como leyes nacionales toda vez que se han ratificado Tratados Internacionales en la materia, y de ese modo poder constatar si en la práctica, las obligaciones internacionales que Chile ha manifestado formalmente respetar, resultan ilusorias o reales.

A continuación, en la primera parte de este trabajo examinaremos, a grandes rasgos, el fenómeno migratorio desde sus orígenes remotos hasta su situación actual, tanto en Chile como en el Continente. También intentaremos dar luces acerca del concepto de Derechos Humanos acuñado por diversos autores. En este mismo sentido, realizaremos un esfuerzo por explicar la rama del derecho que en la actualidad se ha hecho cargo del estudio internacional de los Derechos Humanos, con el único propósito de proporcionar un contexto amplio y claro que nos permite comprender de mejor manera la idea central de esta memoria.

PARTE I: Migraciones y Derechos Humanos

1. Consideraciones preliminares del Fenómeno Migratorio:

1.1. En el mundo²:

Las migraciones a nivel mundial constituyen hoy, en el siglo XXI, las bases de la conformación de la sociedad actual. Desde el paleolítico hasta nuestros días la movilización de grupos de personas ha ido generando lo que se conoce como el intercambio cultural, implicando un mestizaje de toda índole.

Para efectos de un cabal entendimiento es importante considerar aquellos elementos que nos den luces respecto del significado mismo de la palabra migrante recurriendo para ello a la etimología de ésta cuyo significado es “irse, pasar” y considerando además lo establecido por la Real Academia Española, que ha definido a la migración como la “acción y efecto de pasar de un país a otro para establecerse en él”³.

En un principio, donde el aparente orden inmutable de las cosas se veía trastocado por guerras y conquistas, el fenómeno migratorio ciertamente distaba mucho de lo que hoy conocemos con el mismo significado. Al no existir límites políticos que trazaran los territorios de una Nación con otra ni las estructuras supranacionales que identificaran y guardaran registro de esta movilidad, ciertamente el fenómeno era parte de un intercambio habitual y absolutamente normal para quienes llegaban a un nuevo territorio sin haber nacido en éste, como asimismo, para quienes eran receptores de estos “extranjeros”.

Desde muy temprana data el ser humano se ve en la necesidad de movilizarse hacia aquellos lugares que mejor se acomoden a sus necesidades vitales, donde los recursos sean suficientes para su desarrollo, el clima pueda soportarse y no escaseen los recursos hídricos indispensables para subsistir. Con el paso del tiempo, los motivos para desplazarse varían, el ser humano deja su nomadismo (movilidad biológica) para

² Ver Anexo 1.

³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésimo Segunda edición, [en](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=migracion)

pasar a un estado de sedentarismo, lo cual no sucede sino hasta el período histórico denominado neolítico⁴.

Muchos años después, las potencias que gobernaban el orbe organizaban flujos migratorios para exportar lo que se conocía como el “excedente social” que tenía por objeto incorporar su propio legado a las diferentes culturas que iban siendo incorporadas a sus dominios a través de una mezcla que supondría la unificación de ciertos criterios dados por quienes mantenía el control del Imperio que comandaban⁵ y que irían sucediéndose hasta entrado el siglo XII.

Lo anterior generó grandes flujos migratorios, que posteriormente fueron viéndose acentuados con el intercambio comercial que hizo prosperar a diferentes naciones y que comenzó a llamar la atención de quienes buscaban acrecentar sus arcas. Así, como el caso recién mencionado, son múltiples los hitos que han marcado los procesos de movilidad de personas desde sus lugares de origen, impulsados por distintos motivos que van desde sus pensamientos políticos a los religiosos.

Muchas veces oímos en la actualidad que las personas al momento de emigrar, es decir, partir rumbo a un lugar distinto de aquel donde nacieron, buscan establecerse con miras a obtener una estabilidad económica que les permita mejorar sus expectativas de vida.

Vistas las cosas desde esta óptica, podemos hacer mención de algunos hitos relevantes para nuestra historia que han dado pie a un proceso de migraciones que no se ha detenido desde los orígenes de la civilización; comenzamos con sucesos actuales, acaecidos a partir del siglo XVI en adelante con la Conquista de América, las sucesivas ocupaciones de lo que hoy es Norte América, particularmente Estados Unidos, con millones de personas movilizadas en busca de un nuevo orden de cosas, la ambición de un gran número de países europeos que en el siglo XIX vieron en el continente Africano una posibilidad de ocupación militar y que posteriormente asolaron con la trata de personas; la Revolución Industrial en el siglo XVIII y siguientes que da

⁴ LACOMBA, Joseph. Historia de las Migraciones Internacionales. Historia, geografía, análisis e interpretación. Editorial La Catarata, Madrid, 2008, p. 14

⁵ Cfr, LACOMBA, Joseph., op cit. p.16.

paso a las migraciones laborales modernas, y así suma y sigue entre otras tantas situaciones que han ido marcando el ritmo de la historia y que reflejan de mejor manera la magnitud que alcanzan los fenómenos migratorios y sus génesis, los cuales generalmente tienen un denominador común y que dice relación con aspiraciones políticas y económicas, que manan de la ambición de las grandes potencias y personas que de manera individual salen en busca de mejores condiciones de vida.

En el último tiempo, cabe mencionar también las misiones de refugiados que emigran un tanto forzosamente producto de un clima beligerante o debido a condiciones humanitarias que hacen imperativa su partida desde el lugar de origen, como ha sucedido con los ciudadanos iraquíes o de países africanos asolados por la pobreza y el hambre.

Según información proporcionada por Naciones Unidas⁶, al término del año 2009, se estimaba en unos 210 millones las personas que residían en un país distinto al de su nacimiento, lo que constituye un 3,1% de la población mundial, situación que de una u otra manera toca a todos los países del orbe.

Desglosado en las diversas regiones, se puede afirmar que el continente Europeo es el que alberga el mayor número de inmigrantes, con un 34%, seguido por Asia con el 28%, América con un total del orden del 26% sumados los subcontinentes del Norte y del Sur más el Caribe que tienen una diferencia abismante con un 23% y 3% respectivamente, para finalizar con el continente Africano que cuenta con el 9% de la población inmigrante total en el mundo⁷.

Tener en consideración lo anterior al momento de leer y estudiar este documento, resulta trascendental para comprender de qué manera las migraciones a nivel mundial, y para el caso en particular, a nivel local, constituyen un denominador común en lo que a configuración del mapa actual se refiere. Cada día que pasa, la tasa de personas que se asientan en un lugar distinto al de su origen, crece, y las demandas para responder

⁶ Secretaría General de las Naciones Unidas. Mensaje del 10º Día Internacional del Migrante, 18 de diciembre de 2009. Disponible en <http://www.un.org/esa/population/migration/Migrants.Spanish.pdf>

⁷ Informe “Estado de la Población Mundial 2006”, del Fondo de Población de las Naciones Unidas (Unfpa).

a este fenómeno, se agudizan a tal modo que resulta indispensable mantenerse al corriente de los datos reales.

Para concluir este apartado, es menester hacer notar que los procesos migratorios no resultan azarosos, y esto se ilustra claramente en la forma en que éstos se desarrollan, pues tienen una estructura muy clara de concebirse en la actualidad que por una lado nos muestra un éxodo sistemático de profesionales de aquellos países en vías de desarrollo a países desarrollados y por otro, el desesperado intento de personas sumidas en precarias condiciones de vida que toman rumbo desconocido para emplearse como mano de obra barata a objeto de enviar dinero a sus lugares de origen.

Los migrantes profesionales buscan mejoras en las condiciones personales de vida, pero a diferencia de los migrantes sin educación completa, su éxodo masivo genera un círculo vicioso atentado directamente contra el desenvolvimiento de sus respectivas naciones en vías de lograr el desarrollo, pues lo que más requieren éstas dice relación con la existencia de profesionales calificados para llevar a cabo el desarrollo, lo que resulta complejo si consideramos esta dinámica de movimiento demográfico. En otras palabras, hay una fuga de capital humano en esos países que viajan al anhelado desarrollo.

Además, es importante tener en consideración cuando hoy se habla de inmigración, las grandes tensiones generadas por los flujos ilícitos, que han llevado a una serie de países e inclusive a amplias comunidades que los aglutinan como el caso de la Unión Europea⁸, a desarrollar normas y mecanismos de diversa índole encaminados a combatir el proceso migratorio como quien combate una guerra, disponiendo al efecto infraestructura y medios especiales para erradicarla o impedirla, generando un clima de tensión y desconcierto en una sociedad que se dice y actúa de manera mancomunada y que a lo largo de la historia se ha servido de los migrantes para llevar a cabo el tan anhelado desarrollo, que una vez alcanzado se conserva de

⁸ Directiva de Retorno de la Unión Europea, con fecha Diciembre de 2008, adoptada por el Parlamento Europeo en resolución No. XXX

manera casi exclusiva y limitada para ellos mismos, aun cuando éste hubiese sido producto de una serie de procesos sociales que no son ni exclusivos ni limitados.

1.2.En Latinoamérica.

América Latina, posee en la actualidad un varietipo que sorprendentemente la sitúa como la parte del planeta con la mayor diversidad étnica, compuesta en su grueso por cuatro grupos que conforman la población latinoamericana, a saber: amerindios, mestizos, criollos y afroamericanos. Según el país en que nos encontremos, la composición étnica variará de manera proporcional al influjo inmigrante a lo largo de la historia.

Dicha conformación se genera a partir de diversos factores que han ido dando cuenta de un sistemático intercambio cultural que irrumpe con fuerza a partir de 1492, con el avistamiento de tierras desconocidas por la “empresa” de Cristóbal Colón.

El mestizaje inicial, sumado al influjo tardío de personas provenientes de África y Asia, constituye el grueso de la población que habita el subcontinente.

Así las cosas, en Latinoamérica, a la fecha, pueden distinguirse países con más o menos número de indígenas, mestizos, criollos, zambos y una rica diversidad étnica que algunos conservan hasta hoy con la prevalencia de los pueblos originarios como el caso de Bolivia y Guatemala, países que cuentan con una población indígena que sobrepasa el 50% de la población total de sus respectivos territorios⁹. El único país de América Latina que no cuenta con población indígena o amerindia es Uruguay, los demás cuentan con algún grado de población originaria que se mantiene en la actualidad y que dio paso hace cientos de años al cruce de culturas que derivó en los mestizos, grupo que predomina en el subcontinente.

Un menor número de inmigrantes, se asientan a partir de problemas políticos o situaciones humanitarias recientes, como el caso de la oleada palestina en el siglo XIX

⁹<http://websie.eclac.cl/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idAplicacion=1&idTema=1&idioma=>
Disponible en <http://www.cepal.org/estadisticas/>

que se acomodó en nuestro país constituyendo a la fecha la colonia palestina más grande fuera del territorio árabe.

Durante la segunda mitad del siglo XX, debido al decaimiento de las economías latinoamericanas, los incentivos económicos para emigrar desde Europa hacia la región, prácticamente desaparecieron, generando un efecto inverso toda vez que España e Italia se transformaban a partir de la década de los 70s en países de destino de emigrantes provenientes de América Latina, particularmente argentinos, ecuatorianos, colombianos y en menor medida, de otros países vecinos.

Lo anterior es la tendencia que se prolonga hasta nuestro días, pues las economías europeas y las que alguna vez fueron emergentes y se encontraban muy por debajo de las latinoamericanas, se encumbran hoy en un sitio de privilegio, lo cual hace atractiva la búsqueda de oportunidades en dichas naciones, sobre todo por la facilidad que entrega el idioma para el caso español y en menor medida para el italiano.

Con todo, los países de América Latina y el Caribe enfrentan un nuevo período abierto a la economía internacional. A pesar de que la región cuenta con alrededor de 20 millones de latinoamericanos y caribeños que viven fuera de su país, lo que representa el 10% de los migrantes del mundo, y una creciente participación de personas, comunidades y países en la migración internacional, los antecedentes disponibles sobre el conjunto de patrones migratorios señalan que uno de sus recursos más abundantes tiene restricciones para circular: la mano de obra en edad de plena contribución productiva. En la actual globalización, la región es claramente origen de migración y está exportando capital humano a destinos diversificados, y lo hace con importantes riesgos para sus migrantes, con deterioros de su capacidad de innovación y con síntomas de una nueva dependencia de recursos que provienen de sus emigrados¹⁰.

¹⁰ MARTINEZ P., Jorge. CEPAL, El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género. Proyecto Regional de Población CELADE UNFPA. Santiago de Chile, 2003.

Descrito el marco que captura la génesis y dinámica del proceso migrante en Latinoamérica, el panorama actual de acuerdo al informe de la CEPAL¹¹ nos da cuenta de que Estados Unidos es el destino preferente de la mayoría de los emigrantes de la región, albergando alrededor de 18 millones, más de la mitad del total de personas que ha emigrado a ese país. Además, los habitantes de América Latina comparten tres características socio demográficas muy marcadas, las que se pueden sintetizar en: i) una elevada participación de la emigración femenina, ii) la concentración de los flujos migratorios en las edades laboralmente más productivas de los inmigrantes y emigrantes, y iii) el mayor nivel de escolaridad que ostentan los emigrantes respecto de sus compatriotas que no emigran¹².

Porqué resulta relevante poner énfasis en el proceso que se viene dando en el continente, es una pregunta válida que surge; pues bien, importa esto último para intentar el diseño de un perfil del inmigrante que hoy es objeto de expulsión en Chile, siendo éstos parte de un grupo heterogéneo tanto en términos sociales como económicos, con grandes diferencias de origen nacional y étnico, distribución territorial, grado de indocumentación, integración social, inserción laboral y nivel de organización. Lo que tienen en común sus integrantes son los fuertes lazos que mantienen con los países de origen y que refuerzan la tendencia al transnacionalismo, que incluye múltiples intercambios de bienes materiales y simbólicos.

Conforme a lo anterior, Latinoamérica, en cuanto a cuestión de migraciones se refiere, se erige como un sub continente que “exporta” un gran número de personas que se emplean como mano de obra en los países con un desarrollo económico mayor, motivado por la obtención de oportunidades laborales que les permitan hacer llegar dinero a su país de origen. Esto, constituye el sustrato que explica la movilidad actual en América Latina y el Caribe, a saber, oportunidades laborales.

¹¹ CEPAL, Migración Internacional, Derechos Humanos y Desarrollo en América Latina y el Caribe. 31er Período de Sesiones, Montevideo, Uruguay. Marzo de 2006.

¹² SOLIMANO, Andrés (coordinador). Migraciones en América Latina. Booms, Crisis y desarrollo. Fondo de Cultura Económica, Agosto 2008, p. 40

1.3.En Chile:

Chile, de pasar a ser una Nación que concentraba un gran número de ciudadanos que emigraban, en las últimas dos décadas, desde el retorno a la democracia y la consolidación en el orden político y económico, ha comenzado a recibir más personas venidas del extranjero cambiando con ello el orden de la ecuación, situándose más bien como un país receptor, aun cuando dicha recepción es muy menor en relación a países que son eminentemente receptores de migrantes, como el caso de Alemania, Rusia o Estados Unidos de Norteamérica; todos los anteriores, países que en la actualidad tienen concentrados la mayor cantidad de inmigrantes, en sus distintas calidades jurídicas.

En Chile, el porcentaje actual de la población extranjera bordea el 1,89% del total de la población total que reside en el país, lo que en términos nominales resulta en un aproximado de 317.057 ciudadanos de otras nacionalidades habitando Chile, según datos recientes del Ministerio del Interior¹³. Dicho porcentaje se constituye sobre la base de un predominio de ciudadanos provenientes de países andinos, como Bolivia, Perú, Argentina y Ecuador ocupando un 65% de la cifra total. Si a lo anterior sumamos a más países de la Región como Brasil, Venezuela y Colombia, llegamos fácilmente al 71%, cifra que demuestra el predominio de la existencia de latinoamericanos en la conformación del mapa migratorio chileno.

En cuanto al componente de género y la composición etaria de la migración en Chile, a grandes rasgos puede decirse que existe un predominio femenino de la misma (alrededor de un 53%) y que dicha migración se debe a causas laborales, lo que vendría a explicar la escasa existencia de niños menores de 15 años en el mapa demográfico migratorio, ocupando estos últimos un 18% del total de migrantes.

Si bien los datos duros que se encuentran disponibles en la actualidad a partir de la información proporcionada por el Dpto. de Migración y Extranjería dependiente del

¹³ Ver Gabinete Presidencial No. 9, 02 de septiembre de 2008, Presidenta de la República, Michelle Bachelet J. “Imparte instrucciones sobre la política migratoria nacional”. [En \[www.presidencia.cl\]\(http://www.presidencia.cl\)](http://www.presidencia.cl)

Ministerio del Interior y el Censo del año 2002 nos demuestran una ínfima porción de ciudadanos migrantes residiendo en Chile, es posible hacer otra lectura a partir de antecedentes revelados y que se deben a un análisis comparativo entre los censos anteriores al 2002.

El 50% de la población migrante actual en Chile se ha generado en los últimos 13 años, a partir de 1996, con la masiva llegada de ciudadanos peruanos, ecuatorianos y argentinos, lo que da cuenta de un fenómeno que va en franco ascenso en la última década y que probablemente con el próximo Censo será posible reafirmar o descartar.

En esta línea, es importante considerar las situaciones críticas que dichos países han vivido en la última década; la crisis económica argentina por ejemplo puede ser un elemento que nos iluminen al momento de leer las cifras. Lo mismo sucede con Perú y la crisis política vivida en un pasado no lejano, con la salida del Ex Presidente Fujimori –cumpliendo condena actualmente- y las complicaciones sucesivas en el aspecto económico. Si a estos factores le añadimos el auge de Chile en la última década posterior a la crisis asiática del 98, efectivamente lo colocan como un polo de atracción para quienes no encuentran la satisfacción de sus necesidades en sus respectivos pueblos.

No obstante lo anterior, es necesario considerar también que la realidad actual no es la misma de hace dos años, pues las cosas han variado, y los que ayer fueran protagonistas de la migración a nuestro país, específicamente los peruanos, hoy pueden verse seducidos por la realidad actual de su Nación ya que Perú se encumbraba al 2010, como uno de los más prósperos países de la Región, lo que eventualmente puede hacer variar el mapa migratorio chileno. Lo anterior, nos da pistas para tomarnos con calma el desenvolvimiento del fenómeno migratorio, considerando que es probable un aumento sostenido en el tiempo con un mayor grado de variaciones según el clima socioeconómico que se viva en la Región.

El fenómeno descrito en los párrafos precedentes, se denomina como “nueva inmigración”, que tiene reciente data y sus protagonistas son ciudadanos proveniente de Sudamérica, teniendo como objetivo claro, una mejora en las expectativas laborales y un mayor bienestar económico, que se encuadra en un marco de labores de mano de

obra y servicios domésticos con una leve preponderancia femenina. Los entendidos en la materia lo denominan migración *sur sur*, ya que es dentro del mismo subcontinente donde se generan estos flujos¹⁴.

Con todo, y si bien mencionábamos que Chile estaba cambiando la ecuación del fenómeno migratorio, en la actualidad existe una mayor cantidad de nacionales residiendo fuera de Chile (857.781¹⁵) que extranjeros residiendo en Chile, lo que nos coloca en términos objetivos como un país de emigrantes con una fuerte tendencia a la captación de ciudadanos de la Región pero que sigue siendo mínima en comparación a los países receptores mencionados más arriba.

Qué sería entonces lo relevante de la estadística y análisis efectuado hasta el momento para el desarrollo del trabajo y el argumento central que dice relación con el debido proceso en el procedimiento de expulsión de los migrantes. La respuesta tiene varias aristas, una de ellas es situarnos en el tiempo y el espacio en que desarrollamos este trabajo, dejando establecido el mapa actual del fenómeno a estudiar, pues si bien responde a elementos jurídicos, resultaría poco fidedigno hacer el análisis sin una mirada a la realidad regional y local.

Estudiar un aspecto del fenómeno implica comprenderlo a grandes rasgos y asumir que no es algo reciente o alejado de la realidad, sino que forma parte del ADN de la constitución de un país, por muy distante que sean los hitos que marcaron dicha composición.

El mayor problema que podrá ver enfrentado Chile si llegamos a la conclusión que no se ha adecuado a la normativa internacional al momento de ejecutar políticas públicas orientadas en esta materia, se acrecienta con la cada vez mayor tasa de inmigrantes que no pertenecen al Continente Americano, ya que éstos –chinos por ejemplo¹⁶- hablan otro idioma y sus costumbres y ordenamientos jurídicos distan mucho de los que se extienden por todo el territorio latinoamericano. Además, el

¹⁴ Cfr. NEUMAN, Elisa., DAZA A., ZADLOJEVIC, I., VELOZ, A., “Migración y Desarrollo”, Centro Alternativas, Salud Mental y Derechos Humanos, en web OIM.

¹⁵ Censos de Población de países y registro INE-DICOEX 2003-2004.

¹⁶ Los chinos concentran el 1,24% de la población migrante en Chile; así los ciudadanos norteamericanos el 2,97%, mientras que los brasileros el 2,90%.

estudio puede develar un doble aspecto práctico, toda vez que los chilenos en el exterior o quienes se apronten a salir del país, tendrán la oportunidad de comprender qué garantías mínimas les deben ser dispuestas al momento de encontrarse en una situación como la que pasaremos a estudiar, pues en el trabajo también se analizan aspectos del derecho comparado en la materia.

Tal cual lo ha expresado en su momento el Coordinador de la Secretaría Técnica de la Conferencia Regional sobre Migración el año 2004, Luís Monzón, “en una democracia, los gobiernos responden a las necesidades de los votantes. De una manera general, los medios de comunicación le muestran al público sólo los aspectos negativos de la migración, (tráfico ilícito, trata de personas, abusos en los sistemas para determinar el estatuto de refugiados, discriminación, violaciones de los derechos humanos, etc.) pero la migración tiene muchas variables que involucran los mandatos de varios despachos gubernamentales. Es difícil tomar posiciones nacionales y esto hace que, normalmente, a los gobiernos no les resulte atractivo abordar el tema de la migración. Por ello, a menudo, no hay apetito político para enfrentar los problemas migratorios en forma extensa, hasta que se convierten en grandes crisis que requieren acciones¹⁷”.

Antes que esto suceda, nos parece importante generar propuestas y contribuir a partir del estudio que implica nuestra disciplina, el derecho, con el objetivo de articular una política migratoria que junto con cumplir los instrumentos internacionales, se conduzca de manera sensata y profesional, antes que transformarla en una herramienta política para la seducción de los electores o en un arma de destrucción masiva en momentos de crisis sociales o económicas.

¹⁷ MONZÓN, Luís. “Dinámica de las políticas migratorias”. Ponencia incluida en la publicación “Migraciones y Derechos Humanos” del Instituto Interamericano de Derechos Humanos como parte del seguimiento a la reunión del Grupo de Trabajo sobre Migraciones y Derechos Humanos, 9-11 de agosto de 2004. San José, Costa Rica.

2. Derechos Humanos y Migración

2.1. Aproximación a los conceptos de DDHH y DIDH:

Antes de internarnos en un estudio más profundo de la materia objeto del trabajo resulta indispensable aclarar el concepto de derechos humanos mediante un recorrido breve de su desarrollo y la naturaleza jurídica que ostenta en la actualidad.

Comprender además el estudio de esta materia implica conocer las bases sobre las que se sustenta hoy el DIDH, sus fuentes y las barreras que ha tenido que superar para sobreponerse a otras áreas del derecho que tradicionalmente han ocupado un sitio privilegiado en nuestro aprendizaje y que hoy van dando paso a nuevos fenómenos según la voz de los tiempos, tiempos que por lo demás nos muestran una cierta tendencia a universalizar la vida, desde la economía hasta el comportamiento social, derrotando barreras geopolíticas (Unión Europea), liberando el tránsito (países del Mercosur), y un sinnúmero de elementos que nos mantienen obligados a guardar un comportamiento determinado con los nacionales y extranjeros por el sólo hecho de ser personas amparadas por el DIDH.

La fundamentación filosófica de lo que hoy conocemos como derechos humanos se remonta a los tiempos de la Ilustración, que va desde Locke hasta Rousseau, período en el que la literatura sobre la fundamentación de los derechos humanos es extensa, lo cual puede resumirse en la existencia de cuatro principales vertientes que han alimentado la construcción del concepto en estudio, a saber: iusnaturalista, ética, historicista y racional¹⁸.

Brevemente podemos destacar que la evolución de los derechos humanos se ha erigido a partir de la Carta Magna, pero no resulta sino hasta el período de la Ilustración donde se cimentan las bases de la ética política en que comienza a tratarse la idea de los derechos humanos desde una óptica más profunda y sustancial. La igual dignidad y el derecho a todas las personas constituyen los elementos fundantes de esta construcción, que se van ocupando de la vida en sociedad, la soberanía popular y otras materias propias del tiempo ilustrado. Dichas anotaciones comienzan a dar forma

¹⁸ ZALAUQUETT, José. “Los Fundamentos de los Derechos Humanos, su evolución y los desafíos actuales”. Año 2010, en www.cdh.uchile.cl

a cuerpos legales a partir de su incorporación al derecho positivo que se da con la Independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa.

Con posterioridad a los fenómenos descritos más arriba, se fue generando un proceso de extensión de los derechos que adquirirían reconocimiento legal, sea en su número como en los sujetos destinatarios de los mismos, llegando a su etapa reciente de internacionalización con el devenir de la post guerra, que tiene como hito la Declaración Universal de estos derechos en las Naciones Unidas el año 1948.

Hoy, como lo veremos más adelante en este capítulo, los derechos humanos han adquirido firmeza y consagración en los propios cuerpos normativos de los Estados y el catálogo se ha abierto a todos aquellos derechos que implican una eventual afectación de la persona humana más el complejo entramado de derechos que le asisten a colectivos, como sucede con los pueblos indígenas, niños, mujeres, inmigrantes. Así mismo, estos derechos son objeto de cuestionamiento y relativismo en el concierto internacional, principalmente producto del atentado del 11 de septiembre del año 2001 perpetrado en Nueva York y Washington, en tanto se pone en duda su aplicabilidad en determinados contextos.

Revisada de manera sucinta la evolución de los derechos humanos, nos internamos en el estudio de su concepto, tomando lo expresado por diversos autores respecto a la materia. En este sentido Thomas Pogge¹⁹, nos enfrenta a la pregunta de ¿qué son los derechos humanos?, y ¿qué derechos humanos existen²⁰? Pues bien, para este estudio bastará con esbozar una respuesta a la primera pregunta, aun cuando ambas interrogantes se encuentran enlazadas. Lo que es cierto es que uno no necesariamente implica la existencia del otro, es decir, el que haya un derecho que cumpla con todos los caracteres conceptuales de un derecho humano no quiere decir que exista en la práctica.

Pogge entra al análisis de la primera interrogante dando cuenta de aquellos elementos que no pueden estar ausentes de una interpretación plausible de lo que es o

¹⁹ Profesor de Derecho y Filosofía Moral, Universidad de Columbia.

²⁰ POGGE, Thomas. "La importancia internacional de los Derechos Humanos". Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 2, No. 1, 2000.

no es un derecho humano. En este sentido explicita que los derechos humanos expresan preocupaciones morales últimas, lo que implica un respeto que no obedece al mero formalismo de la consagración de un precepto necesariamente. Expresan en seguida preocupaciones morales de peso, que normalmente prevalecen sobre otras consideraciones normativas, las cuales se centran en el ser humano situado en una idéntica condición respecto de los otros seres humanos, es decir, son destinatarios de los mismos derechos humanos en igual medida los cuales deben ser respetados por todos de manera irrestricta, independiente de la época, cultura, tradición religión u otro. Necesariamente deben ser intereses humanos compartidos, entendidos y apreciados por las personas en sus diferentes escenarios²¹.

Pedro Nikken²², comienza su análisis acerca del concepto de derechos humanos precisando dos notas o extremos que pueden ayudar a comprender a grandes rasgos su significado y utilidad; primeramente se trataría de derechos inherentes a la persona humana, lo cual encuentra sustento en el artículo 1 de la DUDH donde se señala que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*; y en segundo término, serían derechos que se afirman frente al poder público²³, lo que se desprende como lógica consecuencia de la creación de las Naciones Unidas y la promoción de la Declaración luego de la II Guerra, pues se evidencia tristemente el poderío de las naciones frente a la persona y las brutalidades que se pueden cometer, lo cual hace imperativa la creación de una entidad supranacional que otorgue dicha protección, limitando de algún modo este poder absoluto que alcanzaron ciertas Naciones-imperios durante el curso de las dos grandes guerras de la primera mitad del siglo XX.

Siguiendo a Nikken, constituye una importancia capital para comprender el tema de los derechos humanos que se constate el hecho de que el responsable de respetarlos, garantizarlos o satisfacerlos, es el Estado, por tanto sólo éste podrá violarlos, ya sea

²¹ *Ibidem*

²² Ex Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²³ NIKKEN, Pedro. "El concepto de derechos humanos" en, Seminario sobre derechos humanos, La Habana, 1996. Instituto Interamericano de Derechos Humanos Primera Edición, Costa Rica, 1997, pp. 23-52.

desde el mismo poder público o gracias a los medios que este pone a disposición de quienes lo ejercen²⁴.

El autor (Nikken) finaliza su texto haciendo una reflexión en torno al reconocimiento y protección de los derechos humanos, en tanto ésta implicaría una revalorización ética y jurídica del ser humano como poblador del planeta más que como poblador del Estado, siendo la dignidad de la persona humana, motivo suficiente para prevalecer tanto en el plano moral como el legal respecto del poder que cada Estado ostente, constituyendo esto último la conquista histórica de los derechos humanos hoy²⁵.

Para dejar sentado un concepto más o menos amplio y que nos permita avanzar con el trabajo, tomamos el Módulo No. 1 de la serie de módulos educativos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos que se atreve con un concepto de derechos humanos, siendo definidos como: “Las condiciones que tiene toda persona, sin distinción de edad, sexo, raza, nacionalidad, clase social o forma de pensar. Estas condiciones son necesarias para que la persona se desarrolle plenamente en todos los campos de su vida, sin interferencias de las autoridades de gobierno, no de otros ciudadanos, y nos permiten vivir en igualdad, libertad y dignidad con otras personas. Por ello son condiciones personales que se pueden exigir por todos y todas, y que se adquieren desde el momento mismo de nacer”²⁶.

Si resulta complejo arriesgarse con una definición, es posible imaginar lo complejo que resulta la exigibilidad de los mismos, los cuales generalmente se efectúan a través de consagraciones constitucionales de los Estados que se han hecho parte de los diversos instrumentos internacionales que forman parte del conjunto de disposiciones legales que giran en torno a la protección de los derechos humanos.

Nosotros entendemos, tal cual lo expresa con claridad meridiana Joaquín Herrera Flores²⁷ que la fundamentación de los derechos humanos es “una tarea constante, un

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Módulo 1, Protección de Derechos Humanos. Segunda edición, 2002, Costa Rica.

²⁷ Doctor en Derecho, Universidad Pablo de Olavide, España. Profesor en el Departamento de Derecho Público.

proceso inacabado y quizás inacabable, en el que lo que se intenta es establecer un horizonte de sentido”²⁸. Es por ello que difícilmente encontremos autores que expresen un concepto unívoco de los derechos humanos y delimiten su alcance de manera clara, pues constituye un hecho de la causa que en virtud del avance progresivo que ha tenido su incorporación desde la DUDH a la fecha, los DDHH no son un esquema programático monolítico que se encuentra completado, sino que responden más bien a un andamiaje jurídico-social que avanza según la necesidad y coyuntura de la sociedad. Lo que antes no fue reconocido como un derecho humano mañana lo puede ser, de esto se desprende lo que se ha conocido como las distintas categorías de los derechos humanos, que en primer lugar se abocaron a los derechos civiles y políticos, y luego han sido completados con los derechos económico, sociales y culturales y de las minorías o grupos vulnerables.

En este sentido, algunos autores –Héctor Gros Espiell²⁹ y Julio Fernandez Bulté³⁰- han sostenido que los derechos humanos no sólo debían ser entendidos como deontológicos, sino que también como un derecho teleológico, que se endereza a un fin y contribuye a él. Constituirían instrumentaciones jurídicas encaminadas al fin de hacer verdaderamente humana la existencia del hombre³¹.

²⁸ HERRERA F, Joaquín. “La Fundamentación de los derechos humanos desde la escuela de Budapest”. En *Los Derechos Humanos; una reflexión interdisciplinaria*. Publicaciones ETA. Colección Monografías. Córdoba 1995, p.25

²⁹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor: de Derecho Constitucional. Universidad de la República (Uruguay), Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), de Derecho Internacional. Universidad de Montevideo (Uruguay), de Derechos Humanos. Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga (Uruguay), Distinguido de la Universidad Nacional Autónoma de México, Honoris Causa de la Universidad de Concepción (Chile) y en dos ocasiones de la Academia de Derecho Internacional (La Haya).

³⁰ Doctor en Ciencias. Educador universitario por más de cuatro décadas (profesor de Mérito de la Universidad de La Habana) y autor de más de 20 textos, ocupó múltiples responsabilidades, entre ellas decano de la Facultad de Derecho de esa casa de altos estudios. Miembro de honor de la Asociación de Juristas de Cuba, y de la Asociación de Pedagogos de Cuba recibió el Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes correspondiente al año 2007.

³¹ FERNÁNDEZ B, Julio. “Los fundamentos de los derechos humanos” en Seminario sobre derechos humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, La Habana, 1996. Primera edición, Costa Rica, 1997, p. 54.

En un constante intento progresivo por fortalecer el respeto de los derechos humanos, es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha efectuado un análisis y estudio acucioso para otorgar los fundamentos teóricos que permiten afirmar la existencia de los mismos, más allá de una existencia como meros principios morales a considerar para tener una buena reputación internacional. Muchos han sido los autores que han criticado la existencia jurídica o fundamentos de los derechos humanos y su fuerza vinculante³², pero lo cierto es que en la actualidad existe un complejo normativo importante en torno a esta materia, existen Tribunales que entran en conocimiento de las violaciones a estos cuerpos normativos y sancionan a los Estados declarados culpable, siendo la mayoría de las veces aceptada por los Estados dicha condena, pues al momento de suscribir uno de los Instrumentos Internacionales que los obligan a mantener la observancia de estos derechos, se someten también a la competencia contenciosa de las Cortes que son las encargadas de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico internacional.

Es de esta manera como se han creado controles jurídicos a niveles regionales y mundiales, prueba de ello resulta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que desde su creación (1979) hasta el año 2009 había emitido 192 sentencias, resuelto 105 casos, decretado 75 medidas provisionales y comunicado 21 opiniones consultivas, convirtiéndose en un órgano eficaz en la protección de los DDHH y absolutamente dinámico, pues la solución de casos en los últimos cinco años ha aumentado sustancialmente ya que más del 60% de éstos han sido resueltos desde el 2004 al 2009³³.

A nivel Europeo también se cuenta con la existencia de un Tribunal, que ejerce funciones similares a la de la Corte Interamericana; Además del Comité de Derechos Humanos encargados de velar por el cumplimiento del PIDCP, y una serie de otras entidades.

³² Ver ATRIA L., Fernando. “*Ubi Ius, Ibi Remedium?* La relevancia jurídica de los derechos humanos” En REJ, Revista de Estudios de la Justicia, No. 3, año 2003.

³³ Fuente: Corte Interamericana de Derechos Humanos, abril de 2009; más información en www.corteidh.or.cr

Lo anterior siempre en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, donde se distinguen dos procedimientos, a saber, los convencionales y los no convencionales: los primeros surgen al amparo de un tratado, en cuyo texto se establecen comités integrados por expertos. Entre estas instancias de protección es posible encontrar al Comité de Derechos Humanos; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité contra la Tortura; Comité de los Derechos del Niño, etc. Por su parte, los segundos no tienen su origen en un tratado de derechos humanos, sino que surgen como instancias necesarias en la práctica para un mayor dinamismo en la protección de tales derechos y como respuesta a situaciones concretas de su violación que deben ser afrontadas; como por ejemplo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos humanos que depende del Consejo económico y Social de las Naciones Unidas³⁴.

En resumen, los derechos humanos son condiciones que tiene toda persona sin distinción alguna. Estas condiciones son necesarias para desarrollarse plenamente y vivir en igualdad, libertad y dignidad con otros seres humanos, siendo en la actualidad objeto de protección a nivel estatal (generalmente por la consagración Constitucional) y supra nacional, a través de los distintos cuerpos normativos y Tribunales que ejercen el control de los mismos.

Aun cuando se puedan clasificar de diversas formas, todos los derechos humanos tienen igual importancia y pertenecen por igual a todas las personas, de modo que se puede exigir su cumplimiento como un solo gran cuerpo mientras se encuentre consagrado en las respectivas Constituciones y leyes de cada país. El estado será el principal responsable de garantizar el respeto de los derechos humanos. Sin embargo, también las personas tenemos que respetar los derechos de las otras, pues nada justifica la discriminación, faltas de respeto, amenazas o cualquier otra forma de atentado a éstos³⁵.

³⁴ Comisión Andina de Juristas, *Protección de los Derechos Humanos; definiciones operativas*. Lima, Perú, 1997, p 26 y ss.

³⁵ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Módulo 1, *Protección de Derechos Humanos*. Segunda Edición, 2002, p. 15

En tanto, el DIDH viene a ser la rama del derecho que se ha constituido a partir del abundante caudal de normas y estructuración de sistemas institucionales llamados a dar protección a los Derechos Humanos. Importante será no confundir el DIDH con el derecho de los tratados, pues como en todo el derecho de gentes, los tratados no constituyen la única fuente del DIDH. Sin perjuicio de la importancia de las fuentes convencionales, los instrumentos de este tipo no lo agotan; con tratados o sin ellos, un Estado se encuentra en la obligación de dar respeto a los DDHH³⁶.

A partir de las fuentes, se construye el DIDH, cimentado en la i) costumbre internacional en materia de derechos humanos, ii) tratados en materia de derechos humanos, iii) los principios generales del derecho, la doctrina y las decisiones judiciales y, iv) recomendaciones y resoluciones de los organismos internacionales en materia de derechos humanos. Lo anterior en consonancia con la obligatoriedad universal y regional de la norma que constriñe a los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el carácter de *ius cogens* que posee dicha norma³⁷.

Sus estudiosos, son verdaderos operadores jurídicos supranacionales, ya que deben combinar el estudio de las normas nacionales e internacionales de modo que entren en armonía unas con otras, particularmente las internacionales, que en el caso chileno y la mayoría de los países pertenecientes al sistema de naciones unidas, han reconocido como fundamentales y por tanto superiores en la pirámide normativa.

A veces se desconocen las implicancias de los DDHH, aun cuando a su alrededor giran jueces, fiscales, funcionarios de defensorías, comisionados, diplomáticos, académicos, ONGs y una gama de abogados dedicados al ejercicio libre de la profesión ya sea a nivel mundial, regional o local. Para ello están dispuestas las Cortes Internacionales y Regionales, más las respectivas Cortes locales que conocen de las normas internacionales puesto que tienen carácter de normativa interna que puede y debe ser invocada por parte de los que acuden a sus competencias.

³⁶ ORTÍZ A. Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” En: MARTÍN, Claudia. RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego. GUEVARA B. José (Compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Primera Edición 2004, p. 23

³⁷ *Ibidem*, p. 24.

Así las cosas, es posible apreciar la manera en que la evolución en la normativa internacional va modelando la legislación local. En Chile por ejemplo, producto del avance en el DIDH se han modificado los procedimientos de persecución penal de los menores de 18 años, se han introducido instituciones especiales abocadas al reconocimiento de los pueblos indígenas, se han dictado leyes en orden a establecer una igualdad de género en las FFAA, las que además se encuentran en un período de reestructuración institucional promovida en base al respeto de los derechos humanos y un sinnúmero de reformas legales y convencionales que tienen su fuente muchas veces en la suscripción de Convenios Internacionales y que a posteriori se materializan a nivel local.

Efectuada la aproximación a los conceptos previamente reseñados, nos avocaremos de lleno al estudio del fenómeno migratorio, los sujetos de protección, los cuerpos normativos y la situación del Estado chileno frente a esta realidad.

2.2. Encuentro de dos sistemas de protección; Nacional e Internacional:

La migración, entendida como el flujo de individuos, grupos o comunidades de un lugar a otro con el objeto de establecerse de manera transitoria o permanente, es un fenómeno de larga data. Sus causas, a lo largo de la historia son múltiples: pobreza, desastres naturales, persecuciones, discriminación, son algunos ejemplos. Lo cierto, es que el establecimiento de personas y familias completas fuera de su lugar de origen, genera, habitualmente, un grave problema de desprotección³⁸. Allí entra entonces el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a jugar un rol clave.

En el apartado anterior hemos podido contextualizar el fenómeno migratorio desde sus elementos globales hasta los más particulares referidos al caso chileno. Apreciamos que dicho fenómeno viene dado desde la conformación de las civilizaciones y ha sido dinámico en el tiempo generando oleadas migratorias con diversos grados de impacto según la envergadura de la misma. Por ejemplo, no sería lo mismo decir que el impacto ocasionado en América Latina por la Conquista de

³⁸ CERIANNI, Pablo. Op cit. p. 147.

América es similar a la movilización de grupos de persona provenientes del medio oriente a mediados del siglo XIX o que la acogida brindada a los refugiados por situaciones humanitarias se asemeja a la movilidad de personas provenientes de países andinos a Chile en busca de mejores expectativas laborales.

Cada cual tiene sus características propias e impacta de manera particular a las sociedades, pero en el último tiempo es cada vez más recurrente una conjugación de dos factores que entran a jugar un rol importante a nivel político y que se tensionan a la vez, a saber, el ordenamiento jurídico interno y la recepción que dicho ordenamiento hace de los preceptos normativos internacionales.

La discusión a este respecto ha sido extensa, pero lo claro es que a partir de la Segunda Guerra Mundial el cambio en la forma de conducir los Estados genera una necesidad por contar con elementos de consenso (Instrumentos Internacionales) que limiten el actuar de cada cual dentro de un marco referencial común, o como ha dicho Rawls³⁹, de mínimos universales de decencia.

Con todo, se presenta el problema o choque entre dos mecanismos de protección, uno local y otro supra nacional. En lo relativo a la coexistencia de estos dos órdenes respecto a los ciudadanos migrantes la situación se complejiza aún más por las implicancias políticas y sociales que vienen aparejadas con el fenómeno migratorio.

En definitiva, tendremos por un lado el ordenamiento jurídico local que cada Estado se da a sí mismo para regular la vida en sociedad. En este sentido, y dentro de sus preceptos normativos, encontramos los que dicen relación con la residencia de ciudadanos extranjeros en el país. No obstante darse a sí mismo normas propias, en numerosos casos ese mismo Estado ha contraído obligaciones internacionales que apuntan al mismo sujeto de derechos, el extranjero, resultando a veces una contradicción lo consagrado a nivel local con lo comprometido a nivel internacional, lo que da pie a una típica tensión entre norma interna y norma de carácter internacional de protección de los derechos de las personas.

³⁹ RAWLS, John. El Derecho de Gentes (2001)

Respecto a lo anterior vale la pena recordar que cada Nación tiene la facultad de darse a sí mismo las normas que estime convenientes, siempre y cuando dichas normas no atenten contra los derechos humanos internacionalmente reconocidos en la Declaración Universal y en los diversos pactos que hayan suscrito de manera voluntaria ante la comunidad internacional. Prueba de ello, lo constituyen los diferentes instrumentos internacionales que vinculan a cada Estado con la promoción y el respeto de las obligaciones internacionalmente afianzadas y que no puede desoír. Así las cosas, el artículo 30 de la Declaración Universal es claro a este respecto, disponiendo que:

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

Sumando a lo anterior lo preceptuado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el aparente conflicto tiene reglas clara que pueden delimitarlo:

El derecho interno y la observancia de los tratados. *Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*

Lo anterior en un contexto omnicompreensivo, constituye un principio fundamental del DIDH consistente en la imposibilidad de excusarse de respetar dichos derechos por prerrogativas internas, pues de tal modo el respeto por los DDHH perdería toda fuerza moral y política como una herramienta eficiente y valedera para el resguardo de las garantías que la sociedad en su conjunto ha consensuado como las mínimas a proteger, a saber: la vida, la libertad personal, la protección judicial y los diversos modos de manifestación que tienen cada uno de estos derechos, que van desde la posibilidad de expresarse sin censura hasta la libre circulación desde un lugar a otro.

Acercando lo anterior a la materia en estudio, hacemos presente lo complejo que resultará el respeto de las normas internacional y su posterior ejecución, y las normas

que cada Estado Nación se da para combatir el fenómeno migratorio. Es más, lo que hoy se conoce como “relativismo cultural”, entendido como una defensa especial -en lo relativo a la forma de entender los derechos fundamentales y sus restricciones- para con las costumbres de naciones y grupos, para con los dictados de determinadas religiones o creencias, etc., ha sido uno de los argumentos más recurrentes a la hora de cuestionar el carácter universal de los Derechos Humanos⁴⁰.

La verdad, el consenso y la fuerza de los Derechos Humanos es objeto de estudio de connotados tratadistas en la materia y nos detendría más de lo conveniente para el desarrollo de este trabajo, por lo tanto es importante concluir del debate que si bien los Derechos Humanos son principios rectores consagrados en Instrumentos Internacionales, existe por parte de quienes los violan o no desean hacerse parte de éstos, una resistencia en orden a justificar su actuar por convicciones políticas, religiosas, de orden consuetudinario u otras⁴¹, pero que en ningún caso les está permitido escudarse en su derecho interno para incumplir.

Además, en la actualidad quienes contravienen los Instrumentos Internacionales, están expuesto en gran medida a no dar cumplimiento a lo dispuesto por sus respectivas Constituciones o Preceptos Fundamentales que rigen y orientan su ordenamientos jurídicos, toda vez que se ha entendido que derecho internacional y derecho interno interactúan auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales⁴².

De no existir un cumplimiento acorde y armonioso de la normativa interna con la internacional, las consecuencias derivarán desde una sanción jurídica con implicancias morales hasta un aislamiento completo por parte de la comunidad internacional, pues

⁴⁰ MULLALLY, Siobhán; SCHEININ, Martin; RISHMAWI, Mona. En: TRABUCCO, Alia (ed). *Derechos Humanos Hoy, Balance Internacional.*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2008, p.157

⁴¹ Para profundizar el estudio de esta materia, revisar: CORTINA, Adela. “Multiculturalismo y universalismo”, 2000; TRABUCCO, Alia (ed). *Derechos Humanos hoy, Balance Internacional.* Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2008, pp. 157-169.

⁴² DULITZKY, Ariel E. “Los tratado de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”. *Estudios Especializados de Derechos Humanos, Tomo I.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

de lo contrario los DDHH se transformarían en una utopía meramente romántica carente de fuerza.

Finalmente, como se desprende de la Síntesis y Conclusiones del Trabajo llevado a cabo por la CEPAL⁴³, es importante reconocer que “junto con los de orden económico, cultural, tecnológico e ideológico la globalización consiste en una dinámica de movimiento y tránsito permanente de recursos materiales y simbólicos, en la cual la relación espacio-tiempo tiende a desaparecer y los flujos erosionan las fronteras y límites del Estado-nación. Cuando los estados receptores procuran evitar o restringir estos movimientos como una forma de defender su soberanía, surge la conclusión de que la globalización tiende a excluir formalmente la migración internacional, lo que exacerba algunas consecuencias adversas para los países en desarrollo”.

Así las cosas, no solo implicancias económicas derivadas de un Tratado de Libre Comercio o un Acuerdo de Reciprocidad tienen a países distintos obligados a llevar a cabo un conjunto de medidas que les permitan entenderse en una sociedad globalizada, sino que también la conjugación de las normas de derecho interno con las normas internacionales de protección de los seres humanos, tuteladas en las regiones por sus respectivas judicaturas supra nacionales y a nivel mundial por la adscripción al órgano multilateral por excelencia, las Naciones Unidas que congrega a la mayor cantidad de países en orden a consensuar ciertos mínimos que inicialmente fueron promovidos hace unos 60 años justo después de una catástrofe mundial, la II Guerra, llamando a proteger los derechos humanos de manera coherente y también globalizada.

Prueba de lo anterior, lo constituye la Declaración de Viena de 1993 y su Programa de Acción donde se señala que *“debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estado tienen el deber, sean cuales fueren*

⁴³ Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América latina y el Caribe, XXXI período de sesiones. Montevideo, Uruguay, 20 al 24 de marzo de 2006.

*sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*⁴⁴.

Con todo, podríamos sostener que el encuentro de estos dos sistemas de protección, no son antagónicos ni significan la pérdida del poder soberano que faculta a los Estados para darse sus propias normas, sino que éste (poder soberano) “se encuentra limitada por el derecho internacional, principalmente por las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*); sin embargo, debe tenerse presente, que, de acuerdo a la jurisprudencia internacional y una importante orientación doctrinal, la limitación de la soberanía no se presume sino que debe ser demostrada con base en las fuentes del derecho internacional y corresponde a cada Estado, en principio, determinar razonablemente y de buena fe, las situaciones y las reglas que le conciernen, debiendo tener siempre presente los intereses y valores de la sociedad internacional, dentro de la cual desarrolla su actividad”⁴⁵.

Entendida la dinámica de encuentro entre los sistemas de protección local con los de carácter internacional en el auxilio y promoción de los derechos de las personas, la tensión podrá ser superada con éxito y la idea de la soberanía no tendría por qué ser objeto de discusión a la hora de justificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia migratoria cuando haya alguna disimilitud con lo consagrado a nivel interno, pues el énfasis debiera estar puesto en la dignidad de la persona humana como valor que se erige por sobre el poder que el Estado detente dentro de su territorio jurisdiccional.

⁴⁴ Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Declaración de Viena y Programa de Acción, aprobada el 25 de junio de 1993, parte I, párrafo 5.

⁴⁵ MOYANO BONILLA, César. “Soberanía y Derechos Humanos” en *Liber Amicorum Volumen II*, Héctor Fix-Zamudio. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, p.1143.

3. El inmigrante como sujeto de protección de los Derechos Humanos.

Por definición, los seres humanos somos destinatarios de los derechos humanos, aun cuando suene redundante y obvio. En este sentido, existen una serie de instrumentos jurídicos que han ido constatando los déficits que algunos grupos más vulnerables tienen al momento de ejercer y gozar estos derechos. Por ello, se han dispuesto normativas especiales que pretenden restablecer el sitio que les corresponde, consagrando derechos preferentes y garantías adicionales en orden a articular una real protección y no una cuestión meramente formal. De esta constatación nacen los pactos que consagran los derechos del niño(a), de los trabajadores migrantes y sus familias, de los abusos cometidos contra las mujeres, de las minorías étnicas, entre otros.

Conforme a lo anterior nace la necesidad de implicar el fenómeno migratorio con los derechos humanos; contribuye a ello preguntarse cuál es el objetivo que persigue dicha distinción en la tutela de derechos. Éstas son algunas de las preguntas que nos comenzamos a hacer en la medida que el trabajo avanza y vamos comprendiendo que el fenómeno migratorio requiere una atención especial a la luz de lo complejo que habitualmente resulta el establecimiento de personas y familias completas fuera de su lugar de origen.

Vivir en un lugar distinto del que no se es nacional genera una sensación de desprotección que debe ser abordada desde la perspectiva de los derechos humanos, pues si no son los derechos humanos, qué derechos les reconocemos a aquellos que lejos de su patria, a veces sin comprender el idioma, sin derechos sociales ni beneficio alguno, se ven obligados a emplearse en lo que sea para mantener a sus familias o mantenerse a sí mismos. Los derechos humanos ofrecen elementos que resultan adecuados y es por ello que se hace imprescindible el estudio de su significado y su estructura a nivel internacional, siempre considerando que se trata de poner en contexto el elemento central a tratar, a saber, el debido proceso en la expulsión de migrantes, particularmente, en Chile.

En primer lugar, y aunque suene obvio, los migrantes son seres humanos y por tanto han de gozar de derechos inalienables que los estados tienen la obligación de acatar.

Según es posible desprender de la OIM, existe un Derecho Internacional de la Migración, que comprende una serie de normas que rigen las relaciones jurídicas entre los Estados y entre los Estados y las personas, que se encuentran sujetas al proceso migratorio. Todo ello, engloba una esfera del derecho que se desarrolla frenéticamente con el pasar de los años⁴⁶.

Otro elemento que es relevante a considerar cuando hablamos de los migrantes y los derechos humanos dice relación con la protección de éstos ya sea que estén o no en situación regular en el país de residencia. Muchas veces se piensa que por el sólo hecho de encontrarse de manera ilegal o indocumentada, los migrantes sufrirían una especie de caducidad de todos sus derechos, situación que es absolutamente falsa y contradictoria contra el respeto de los DDHH. Aun así, en la actualidad, con todos los instrumentos internacionales y la institucionalidad existente, subsiste una enorme brecha entre la aplicación oficial de los derechos humanos y el goce efectivo de estos derechos por parte de los muchos migrantes en el mundo, según se desprende de un documento de trabajo reciente de la OIM.

Si bien hay una serie de instrumentos jurídicos dispersos por las diversas áreas del derecho que de alguna u otra manera tocan la temática migratoria, el reto consiste en conferir una expresión práctica a esos derechos y hacer de ellos una realidad tangible en la vida cotidiana de los migrantes y sus interacciones con la comunidad, aplicando el principio universal de no discriminación que hace recaer en el Estado la obligación de respetar y velar los derechos de *“... toda persona dentro de su territorio y bajo su jurisdicción... sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o*

⁴⁶ OIM, Organización Internacional para las Migraciones. Diálogo Internacional sobre la Migración en 2009; Taller intermedio relativo al *Respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes: una responsabilidad compartida*. Documento de trabajo, marzo de 2009 disponible en www.iom.int

*cualquier otra condición*⁴⁷. Por consiguiente, los derechos humanos se aplican tanto a los nacionales como a los extranjeros, salvo contadas excepciones, a saber, los derechos políticos por ejemplo⁴⁸.

⁴⁷ Véase el Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Artículo 2 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También hay cláusulas similares de no discriminación en otros tratados esenciales de derechos humanos.

⁴⁸ Documento de Trabajo OIM, 2009, op.cit.

PARTE II: Conceptos e ideas de la Expulsión y el Debido Proceso

1. La Expulsión en la política migratoria

Prevención inicial: Debo confesar, antes de iniciar el tratamiento de este apartado, que el trabajo tenía como objetivo vislumbrar si acaso en Chile se respetaban las garantías mínimas legales –o debido proceso- en el procedimiento de **deportación**. Ello, me llevó a investigar libros y documentos que incorporaran el concepto de deportación para darle contenido y alcance y contrastarlos con la práctica local y regional. Sin embargo, durante el transcurso de la investigación el concepto se hizo esquivo por no decir nulo, en cambio, la expulsión arrojaba más resultados en relación a esta materia. Revisitando la ley, y conversando con especialistas en esto, me di cuenta que deportación⁴⁹ y expulsión⁵⁰, aun cuando para este trabajo implican el mismo significado, tienen diferencias en el tratamiento que la OIM hace de ambos.

Como el trabajo una y otra vez hacía mención a ambos como lo mismo, siendo que en términos objetivos no lo eran, me vi en una disyuntiva, si acaso sacar por completo el término deportación o bien mantenerlo. Opté por aplicar el término empleado en la ley que regula la permanencia, egreso e ingreso de los migrantes en Chile (Decreto Ley 1.094) que utiliza la voz expulsión, de modo que la situación en adelante quede zanjada. En todo caso, hacemos presente que la deportación es un concepto inutilizado en Chile, que en el concierto internacional se usa como sinónimo de expulsión cuando esta última no se emplea o bien subsisten ambos.

⁴⁹ Deportación: Artículo 7d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional. (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional)

⁵⁰ Expulsión: Es una sanción que consiste en el abandono obligado del país del extranjero que incurra en alguna de las causales establecidas en la Ley y Reglamento de Extranjería (catálogo de sanciones, Dpto. de Extranjería, Ministerio del Interior, Chile)

1.1. Política Migratoria; Consideraciones generales⁵¹.

A partir de las corrientes modernas y la apertura de los mercados con su consecuente intercambio masivo de información y personas, se ha hecho necesario que los Estados lleven a cabo ciertos lineamientos que les permitan afrontar las vicisitudes de nuestra era, dentro de las cuales cobra gran importancia la movilidad de personas que hoy más que nunca se aprecia en una sociedad globalizada, ante la cual cada Estado, y en forma más reciente, grupos supranacionales, han adquirido un compromiso de trabajo en orden a dos cosas; proteger y ordenar, siempre en el marco de los derechos humanos, la movilidad de los extranjeros, lo que consecuentemente trae complicaciones, pues no todos los Estados están en sintonía respecto de las exigencias internacionales lo que hace necesario que investiguemos y contribuyamos a ello desde los distintos escenarios en los que nos corresponde transitar.

Sólo con el objeto de precisar el capítulo que comenzamos a estudiar, y entendiendo que su importancia es tangencial respecto del eje central de éste, entenderemos por *política migratoria* “todas las propuestas institucionales (leyes, decretos, resoluciones, directrices, acciones, u omisiones etc.) que determinado Estado desarrolla sobre la entrada, salida y/o permanencia de población nativa y/o extranjera dentro de su territorio⁵²”.

Cada Estado es soberano al momento de diseñar su política migratoria. Algunos estudiosos han hecho ciertas diferenciaciones que contribuyen a caracterizar la política de uno u otro según se implemente, teniendo en consideración eso sí que “no existe un modelo a seguir en su diseño y sus efectos requieren tiempo para manifestarse. Por esa razón no existe una política migratoria perfecta, ya que constantemente debe ser ajustada y afinada. Sin embargo, si los países permanecen estáticos en su política

⁵¹ Necesario resulta hacer presente que para el estudio de este sub capítulo hemos tomado en consideración el trabajo llevado a cabo por María Florencia Jensen Solivellas en el marco del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de la Población, ALAP, realizado en Córdoba, Argentina entre los días 24 y 26 de septiembre de 2008, disponible en: http://www.alapop.org/2009/images/DOCSFINAIS_PDF/ALAP_2008_FINAL_354.pdf

⁵² MÁRMORA, Lelio. “La Definición de las políticas de Migraciones Internacionales”. En: XIII Curso Interamericano sobre Migraciones Internacionales, Argentina, 1993.

migratoria, esta se verá frecuentemente desbordada por acontecimientos inesperados”⁵³.

En este sentido, y siguiendo la distinción efectuada por Mármora⁵⁴, según diversos factores que afectan desde la composición misma de un Estado hasta sus conflictos transitorios, se podrán llevar a cabo políticas migratorias abiertas, selectivas y cerradas o restrictivas: las **abiertas**, “son aquellas que permiten una libre circulación de las personas nativas o extranjeras a través de sus fronteras y un libre asentamiento de extranjeros dentro de su territorio, sin que esto signifique la desregularización por entero del fenómeno migratorio. Sino que es justamente el Estado que participa como garante, a través de la política pública, de la aplicación de los derechos tanto de los nacionales como de los extranjeros. Por el contrario, la política migratoria **selectiva** es aquella que busca delimitar la entrada, salida y asentamiento en el país, de aquellas personas que consideran favorables, en términos de sus intereses y necesidades de recursos humanos. Por último, por política migratoria **cerrada o restrictiva**, se entiende la que establece una restricción total o casi total en la entrada y el asentamiento de extranjeros en un territorio y salida de nacionales”⁵⁵.

¿Cómo saber distinguir entre una política migratoria que se sustenta sobre la base de enunciados formales que justifican su compromiso con los instrumentos internacionales, versus una que se cimenta sobre la base del respeto y protección de los inmigrantes, adquiriendo forma real y removiendo todos aquellos elementos que atentan contra su consecución?

⁵³ MONZÓN, Luís, op.cit.

⁵⁴ Licenciado en Sociología en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Doctor en Sociología de la *Ecole Pratique des Hautes Etudes* de la Universidad de París, dirigió la Oficina Regional para el Cono Sur de América Latina de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Es Director del Máster Interamericano sobre Políticas de Migraciones Internacionales de la Universidad de Buenos Aires, y Profesor de "Sociología de las Migraciones" de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Es miembro de los "Advisory Editors" de la revista *International Migration Review*; de los Comités Científicos del *Scalabrini International Migration Institute* (SIMI) y la revista *Estudios Migratorios Latinoamericanos*; así como del "Comitato Scientifico" de la revista *Studi Emigrazione*.

⁵⁵ MÁRMORA, Lelio. Las políticas de migraciones internacionales, Buenos Aires, OIM, Paidós, 2ª.Edición, 2002.

La respuesta no es nada fácil, basta apreciar el caso chileno en el cual se ha efectuado un llamado de atención formal a cada una de las reparticiones públicas por la mismísima ex Presidenta de la República (Michelle Bachelet), mediante el gabinete No. 9 del año 2008, y que a la fecha no ha resultado en cambios sustantivos respecto a la política que se desea implementar en este ámbito. O al menos así lo apreciamos nosotros.

Por tanto, la modalidad que asuma una política migratoria será definida por la forma explícita en que esa política se encuentre institucionalizada, lo que en buenos términos implica que su institucionalización se formalice mediante actos legislativos oficiales. Una carencia en esta formalización mediante la herramienta legal, implica que las medidas asumidas se basan en concepciones implícitas de las políticas migratorias vigentes, que de ninguna manera determinan la no existencia de las mismas⁵⁶, lo cual se acerca bastante al caso chileno y da pistas para apreciar el nivel de compromiso que cada Estado tiene para con los inmigrantes que habitan en su territorio.

Otra pregunta que resuena en nuestras cabezas a la hora de enfrentarnos a este tema dice relación con el fundamento que hay detrás de la implementación de una política migratoria; ¿a qué se debe su necesidad? ¿qué persigue? ¿dónde encuentra su fundamento en definitiva?

Históricamente, la formulación de éstas han estado asociadas a temas como los derechos humanos de los migrantes y sus familias, el desarrollo económico, la mano de obra, la estructura social, las relaciones internacionales, entre otras que destacan de menor manera⁵⁷.

Mármora, ha sostenido que en las últimas décadas ha existido la dimensión ética en el planteo y desarrollo de las políticas migratorias por parte de los Estados, lo que se traduce que dicha política debe ser orientada por el principio de igualdad de

⁵⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁷ *Ibidem*

oportunidades y de trato laboral, el derecho a la igualdad social y política y el derecho a la identidad cultural⁵⁸.

Lo anterior se condice en gran parte con la necesidad de incorporar los elementos básicos del DIDH en el diseño de las políticas migratorias, acercándolas a un estatus legal que respete y observe el cumplimiento efectivo de los DDHH, y que no se encausen como herramientas de expulsión masiva de inmigrantes o la criminalización de éstos por parte de los Estados receptores. En este sentido aún queda mucho camino por recorrer, pues basta echar una mirada a las políticas locales y las que el viejo continente ha decretado recientemente para apreciar una política represiva y sancionatoria.

Quizás, el caso de Centro América y Norte América resulte iluminador al respecto, ya que hace unos años, reconocieron la necesidad de ver el problema desde una perspectiva regional. Decidieron, en 1996, crear un foro migratorio permanente que se llama Conferencia Regional sobre Migración (CMR), o proceso Puebla. El espíritu de la CRM se basa en un diálogo informal y franco entre viceministros de gobernación y de relaciones exteriores que incluye, además, a las organizaciones civiles que trabajan en el tema. El objetivo, además de tratar de ver el fenómeno migratorio en su contexto regional, es incrementar las relaciones interpersonales entre funcionarios de alto nivel, pero también de nivel de trabajo, para auspiciar acciones conjuntas. Esto refleja de buen modo lo que implica una política migratoria integradora de una parte del Continente que se encuentra en permanente movilidad y que puede marcar el camino para que los demás países de la Región adecúen su legislación e institucionalidad en orden a generar una política migratoria de largo plazo y respetuosa de los derechos humanos en constante comunicación con la región.

A partir de este apartado, podremos comprender de mejor manera lo que se esconde tras la expulsión de un inmigrante. Si ésta obedece o no a una política migratoria que se enmarca en un esfuerzo real para resguardar el orden en un Estado

⁵⁸ JENSEN S., María Florencia. “Inmigrantes en Chile: la exclusión vista desde la política migratoria chilena”. III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, ALAP, Córdoba –Argentina, septiembre de 2008.

de Derecho o simplemente es un resabio más de lo que “sobró” de un régimen autoritario.

1.2. Concepto y consideraciones generales de la Expulsión:

Hay problemas en lo que a este término se refiere, y por lo cual hicimos la prevención al iniciar el trabajo. Sin embargo, entendemos que universalmente se le trata como sinónimo de la deportación aun cuando no signifiquen lo mismo. Basta para ello observar el glosario elaborado por la OIM donde destacan estos dos conceptos y es posible apreciar sus diferencias, pero también sus enormes similitudes. Su uso entonces para el trabajo, se concibe bajo la misma idea que la deportación, pero hacemos la prevención para no confundir al lector.

La expulsión (deportación) es un término acuñado a partir de la II Guerra Mundial por los europeos cuando se referían a la movilidad de un individuo o grupo de éstos hacia los campos a través del continente. Sin embargo, su práctica data desde tiempos remotos ilustrados en textos bíblicos⁵⁹ hasta la fecha.

En términos formales, la RAE la define como la acción o efecto de deportar, que a su vez implica *“desterrar a alguien a un lugar, por lo regular extranjero, y confinarlo allí por razones políticas o como castigo⁶⁰”*, lo cual se ajusta bastante bien a la realidad, pues los Estados la utilizan como una herramienta de expulsión de los inmigrantes, sean o no ilegales, que atenten de alguna manera contra el orden jurídico interno de éstos o así al menos lo entienda el Estado expulsor.

Por otra parte, Schuster, el año 2005 la define como la remoción física, y por ende, la exclusión final de uno(s) individuos del territorio de un Estado.

Lo cierto es que el término es controvertido en su génesis misma, pues si bien implica una facultad soberana y legítima de cada Estado, es a la vez la concreta afectación a un individuo de sus derechos toda vez que éste se verá privado del

⁵⁹ Hace referencia en varios pasajes a deportaciones masivas, reconocidas actualmente como históricas, cabe mencionar el traslado de gran parte de la población israelita a Babilonia, evidentemente contra su voluntad y con fines esclavistas.

⁶⁰ RAE, Vigésimo segunda edición.

derecho internacionalmente afianzado de no migrar o mantener su libertad de circulación, situación que se afecta en el momento de llevar a cabo la expulsión por decisión de una autoridad del país ejecutor de la política migratoria empleada contra los habitantes extranjeros.

La complejidad de este asunto y su tratamiento se ve reflejado en el cuidadoso análisis que efectúan diversas entidades supranacionales. En este sentido la CEPAL en su XXXI período de sesiones celebradas en la ciudad de Montevideo el año 2006 tenía como eje justamente la migración internacional, los derechos humanos y el desarrollo en América Latina y el Caribe, que en su documento conclusivo al abordar la expulsión a la luz de los derechos humanos de las personas migrantes sostiene que “las detenciones y deportaciones de los migrantes irregulares conllevan siempre un riesgo de vulneración de derechos, si bien no necesariamente de su violación. Por lo general, dichos procedimientos se ajustan a las legislaciones nacionales, pero el hecho es que **no siempre se atienden a los convenios internacionales**”⁶¹.

Así como la CEPAL ha dado especial cuidado al estudio de las migraciones en el subcontinente poniendo de relieve el potencial incumplimiento del DIDH y sus efectos adversos que esta práctica trae consigo, la OIM ha hecho lo propio en orden a dar luces acerca de las tensiones que se dan en este ámbito y que tienen a la expulsión como un elemento decisor a la hora de ejecutar o no dichas políticas, ya que la interacción entre el principio de soberanía nacional y los derechos humanos constituyen el núcleo de la controversia entre el respeto que se les asigna a estos últimos y la implementación de políticas migratorias sensatas⁶².

Muchas veces, la expulsión entendida como sanción, será la encargada de regularizar esta política bajo apariencia de acto soberano y legítimo. Lo anterior dependerá de la política migratoria que se desee emplear según el momento histórico en que se encuentre la coyuntura del Estado que desea implementarla, utilizándola como una verdadera arma de limpieza o como una herramienta de regularización que

⁶¹ Migración internacional, derechos humanos y desarrollo en América latina y el Caribe, XXXI período de sesiones. Montevideo, Uruguay, 20 al 24 de marzo de 2006, p. 44.

⁶² OIM, Organización Internacional para las Migraciones, “Diálogo internacional sobre la migración en 2009 taller intermedio relativo al Respeto efectivo de los derechos humanos de los migrantes: una responsabilidad compartida”. Documento de Trabajo, 25 y 26 de marzo de 2009.

mira al largo plazo y que desea convertirse en un sistema diseñado acorde al respeto y garantía de los derechos humanos.

Con lo anterior, no estoy queriendo decir que los Estados que utilizan una política migratoria basada exclusivamente en la expulsión sean *per sé* contrarios a las normas del DIDH. Si no, que la utilización de dicha herramienta es atentatoria cuando no se encuentra revestida de las garantías mínimas que aseguren un proceso previo y justo para aplicarla.

Con todo, será necesario precisar a continuación, si la expulsión es concebida como una sanción, una herramienta de regularización migratoria, una especie de respuesta social y económica a un momento histórico particular, o lo que diga la experiencia y el modo en que se ha utilizado hasta la fecha.

Estamos ciertos eso sí, que este concepto genera complicaciones al momento de definirlo como tal, ya que existe una tensión permanente en su implementación pues se transita a través de una delgada línea que divide la legalidad de la ilegalidad, puesto que la decisión última de mantener a un ciudadano extranjero en el respectivo territorio jurisdiccional del Estado ejecutor de la política migratoria, se encuentra en la mayoría de los casos ligada a la discrecionalidad que le otorga el poder soberano que detenta, lo que no permite ver con claridad si la expulsión obedece a una sanción, herramienta de regularización de la población o bien a una respuesta socio económica.

Esta complejidad se deja ver en el nulo tratamiento que se ha hecho de esta “institución” en la doctrina nacional. No existen estudios que se refieran a su naturaleza jurídica ni a su impacto en las políticas públicas del Estado chileno. Asimismo, la doctrina internacional no es mucho más auspiciosa, pues su estudio generalmente se enmarca como un elemento netamente tangencial a las políticas migratorias, e incluso, muchas veces ni siquiera se menciona como tal.

El memorista chileno Antonio Campos Ávalos el año 1938, se refiere al derecho de expulsión a partir de un tratamiento comparado que se le otorga a éste, señalando que desde muy antiguo el derecho de expulsión ha sido aplicado y reglamentado. Prueba

de ello es que en Esparta, Licurgo dictó la Ley “Xenelasia”, que se refería a la expulsión de extranjeros (siglo IX a.C.)

El memorista relata que en la actualidad -del año 1938- es aceptado y ejercitado por todos los países civilizados y reconocido por el derecho internacional, argumentando que “son muchos los que prohíben la expulsión de los nacionales, aceptando tácitamente la expulsión de extranjeros. En algunos países el derecho de expulsión se encuentra reglamentado en su Constitución Política, en otros, en las leyes de residencia o inmigración”⁶³.

Con todo, es posible apreciar que la expulsión constituye una herramienta de la que se valen los Estados desde muy antiguo para hacer frente a diversas problemáticas que los puedan afectar. En todo caso, hoy dicha herramienta puede seguir empleándose, pero debe contar (o al menos a eso apostamos) con fundamentos razonables y racionales que den cuenta en su uso, del respeto a las garantías mínimas que toda persona detenta y que son cauteladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1.3.La expulsión como sanción, herramienta de control o respuesta socio-política:

En la mayoría de los países, se estructura la expulsión como la sanción a un hecho ilícito que se aparta del orden normativo imperante, que debe ser enmendado con la exoneración de este ciudadano del territorio jurisdiccional en que se encuentra. Así se desprende de la legislación chilena⁶⁴, española⁶⁵, argentina⁶⁶, peruana⁶⁷, entre muchas otras.

⁶³ CAMPOS A., Antonio. “Sobre el derecho de expulsión”, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1938.

⁶⁴ Decreto Ley 1.094 de 1975, que establece las normas para los Extranjeros en Chile.

⁶⁵ Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁶⁶ Ley 25.871 de 21 de abril de 2004 sobre migraciones.

⁶⁷ Decreto Legislativo No. 703 del 5 de noviembre de 1991, que promulga la Ley de Extranjería.

Respecto a lo anterior, hay discusión en el derecho español respecto si se trata o no de una sanción, considerando que se trataría más bien de una consecuencia propia de quien no se ciñe a los parámetros formales que cada estado establece para la permanencia legal o legítima, lo cual a nuestro parecer no dista mucho de lo que entendemos por sanción.

Las principales causas de la expulsión provienen de la i) denegación de la solicitud de asilo, ii) la situación irregular del inmigrante (estatus migratorio), y iii) la amenaza del terrorismo internacional.

En la primera, y más común de todas, la expulsión opera como resultado de un procedimiento administrativo en el cual se le niega a un individuo la posibilidad de ser amparado por un Estado del que no es nacional. Vale recordar que el asilo, responde a la solicitud que un individuo le hace a un Estado con el fin de que éste le brinde amparo o protección ya que considera que su vida corre peligro en su país de origen⁶⁸.

Respecto al estatus irregular del migrante objeto de expulsión, ésta opera como una política de restricción de la migración que tiene como fin la prohibición de entrada a un territorio determinado, siendo la migración irregular un atentado contra el orden legal estatuido al respecto⁶⁹. Así las cosas, la expulsión deviene en un medio de control del Estado con el objeto de reparar la falta de orden administrativo que el inmigrante ha infringido con su conducta irregular.

La pregunta que cabe hacerse a continuación teniendo en consideración el párrafo precedente es cómo se determina la transgresión de una norma de inmigración; al respecto, existen dos modos de enfrentarse a la interrogante.

En primer lugar se determinará a partir de la irregularidad del ingreso que hace un ciudadano de otro país al Estado que posteriormente lo expulsa. Y en segundo

⁶⁸ AHUMADA M, Carolina. “La Deportación: acto de soberanía nacional y menoscabo de los derechos de los migrantes”, Universidad Externado de Colombia.

⁶⁹ MÁRMORA, Lelio. “Políticas de regulación migratoria” en “Las políticas de Migraciones Internacionales”, OIM-Paidós, Buenos Aires 2002, pp. 284-295.

término, en relación a la caducidad del permiso de permanencia del extranjero en el país que reside⁷⁰.

Respecto a la última de las causas enumeradas más arriba (amenaza del terrorismo internacional) ésta ha tomado importancia en el concierto internacional a partir de lo sucedido en USA, el 11 de septiembre de 2001.

Con el atentado a las Torres Gemelas, los países industrializados se vieron forzados a endurecer sus políticas de inmigración, haciendo evidente la mezcla entre migración irregular y terrorismo lo cual dio paso para que los Estado fortalecieran de manera desmedida el control fronterizo con el fin de salvaguardar el orden y la seguridad interior. Toda expulsión cabía bajo la consigna de la lucha contra el terrorismo, lo cual generaba a su vez otros tantos atentados contra los derechos humanos, pero que a la luz de los acontecimientos eran considerados (y siguen siéndolo) como efectos adversos indirectos o daño colateral de esta ensañada lucha, muy dudosa por lo demás.

Con todo, y tomando en consideración los problemas sociales, económicos y políticos que acarrea el fenómeno migrante en los países desarrollados, y sumado a ello el efecto crítico provocado por las crisis económicas y sociales, saltan a la vista políticas migratorias regresivas. Lo que mejor ejemplifica lo anterior es la implementación de la *Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*⁷¹, de la Unión Europea, la cual aparte de generar una ola de reacciones adversas en organizaciones sociales, académicas e incluso Estados de otras regiones, suscita serias preocupaciones por la ausencia de garantías suficientes para los migrantes solicitantes de asilo⁷², teniendo entre sus ejes centrales **el control y la sanción de la migración irregular**, lo cual genera derechos desiguales entre

⁷⁰ AHUMADA M, Carolina, op.cit. p. 4

⁷¹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16/12/2008, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del 24/12/2008, aprobada por el Parlamento el 14/06/08 y por el Consejo el 09/12/08.

⁷² CIDH. Derechos Humanos de Migrantes, Estándares Internacionales y la Directiva de Retorno de la UE. Resolución No. 03/09 en, CERIANI C., Pablo, “La Directiva de Retorno de la UE: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2009.

personas que habitan un mismo territorio en base a su nacionalidad o estatus migratorio.

La Directiva de Retorno de la UE, nos ilustra de buena manera cómo la expulsión de migrantes se transforma en una herramienta sancionatoria, que pretende controlar el incremento demográfico a través de una medida de fuerza. Esto se logra en definitiva, con la expulsión de un inmigrante mediante la ejecución forzosa de la orden de salida del territorio -artículo 8 de la Directiva-.

Es necesario hacer notar que producto de la implementación de esta política, se ha generado una extensa discusión que podríamos sintetizar en un punto de suma relevancia para nuestro estudio, y que dice relación con la necesidad de abordar con la debida profundidad una impostergable discusión política, jurídica y social, donde la gestión de la inmigración irregular **no puede tener como respuesta prioritaria la persecución y la sanción**. Ante este escenario, se hace urgente el diseño de modelos alternativos, que incorporen políticas de integración y regularización, así como las causas estructurales de la migración⁷³.

Esto último, se ve refrendado por el *Global Migration Group* (UNICEF, OIT, ACNUR, etc.) que subrayó la ineficacia de las políticas de control migratorio para atender debidamente a la migración irregular, siendo necesarias medidas más constructivas, como la regularización migratoria⁷⁴.

En definitiva, y considerando la legislación nacional, el caso de Centroamérica y Norteamérica, más la reciente implementación de la Directiva No. 115 de la UE, como elementos iluminadores para un estudio omnicomprensivo de la materia, es dable sostener que existe una tensión creciente donde, por un lado se tiende a utilizar la expulsión como una herramienta que reduce a la mínima expresión una realidad social compleja, sin atacar la matriz del problema que trae consigo el flujo de personas en situación irregular, mientras que por otro lado se tiende a incorporar dicha herramienta dentro de un marco más amplio en orden a diseñar una política migratoria que vaya de la mano con las necesidades de las personas objeto de estas políticas en conjunto con

⁷³ CERIANI C., Pablo, op.cit. p. 87.

⁷⁴ International Migration and Human Rights, 2008, p. 43.

el resguardo de la seguridad y orden público que cada estado debe tutelar y que es soberano en cuanto a su modo de atacar.

Por tanto, será difícil encasillar a la expulsión única y exclusivamente como una herramienta de control o un arma de movilidad forzada, o como un elemento más de la política migratoria que cada estado se manera soberana adopte. Eso sí, y estamos contestes al respecto, que la migración requiere de un enfoque global⁷⁵, que incluya la cooperación internacional, relaciones con terceros países y el nexo entre migración y desarrollo, enfocada desde la idea de los derechos y no de las necesidades locales⁷⁶.

A fin de cuentas, lo que importa al momento de implementar una medida de expulsión, no es tanto si ésta se encuadra dentro de las sanciones de una determinada ley, sino cómo se enfoca la política que la hace parte integrante de su uso, que a nuestro parecer debe centrarse en un abordaje integral y comprehensivo desde un óptica de los derechos humanos.

2. El Debido proceso:

2.1. Origen y Naturaleza Jurídica del concepto.

El debido proceso es un concepto sobre cuya extensión la doctrina no ha logrado un consenso, a pesar de haber sido recogido por las legislaciones desde la Edad Media y sin el cual el ejercicio del resto de los derechos resultaría ilusorio⁷⁷.

Debido proceso o “due process of law” como se conoce en la matriz anglosajona, fue una idea que debe su nacimiento al capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra el año 1215 producto de una petición de los barones normandos al Rey Juan Sin Tierras para que respetara una serie de derechos y garantías entre las que sobresalía la idea del **enjuiciamiento legal**, que posteriormente a partir de la ley de la tierra en

⁷⁵ Comisión Europea. El planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración. COM (2006) 735, Bruselas, del 30 de noviembre de 2006.

⁷⁶ CERIANI C., Pablo, op.cit. p. 94.

⁷⁷ LARRAGAÑA E. Paula y URQUIETA S. Yezid (Memoristas), *El Derecho al debido proceso en el derecho internacional*. Memoria para optar al grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2001.

1354 expedida por el Rey Eduardo III dio origen a la noción propia del “due process of law” consagrada como tal en dicha ley⁷⁸.

El pasaje pertinente a la Carta Magna mencionado decía:

“Ningún hombre libre deberá ser arrastrado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la que nació”.

Esta norma fue una prescripción del castigo arbitrario y de las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Garantizaba en suma, el derecho a un juicio justo y una justicia honesta. Se requería ante todo, proteger a las personas de encarcelamientos arbitrarios, desposeimiento de bienes e ilegalidades que el Rey Juan había cometido o tolerado⁷⁹.

De allí en adelante y producto de la lucha por establecer avances en la transparencia y objetividad de los juicios para una mejor administración de justicia que diera observancia a los principios de la equidad y contradicción, se fueron incorporando y reafirmando estas garantías nacidas en el seno del Medioevo, lo que se desprende de hechos como la dictación del Acta de Habeas Corpus en 1679 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, que de paso marca el fin de la monarquía absoluta en Francia haciendo caer a todo un sistema procesal que prescindía de los derechos de los acusados, especialmente tratándose del proceso penal.

El caso norteamericano es iluminador al momento de comprender la consagración y posterior fuerza del debido proceso, pues dos años después de la Declaración de los

⁷⁸ TORO J. María Fernanda, *El Debido Proceso: un estudio comparativo de la doctrina procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Memoria de prueba para optar al grado de de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía, MATURANA M. Cristián, 2008, pp. 5 y 6.

⁷⁹ VARAS A., Paulino. “Criterios establecidos por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional acerca del contenido esencial del Debido Proceso”. En *Revista de Derecho Público*, No. 70, 2008, p. 105-116.

Derechos del Hombre en Francia -1791-, la V Enmienda a la Constitución de USA planteó que los derechos fundamentales a la vida, libertad y propiedad se garantizaban a través del debido proceso legal, lo que fue dándole el carácter fundamental dentro del ordenamiento jurídico, ya que era el debido proceso el llamado a otorgar las directrices y marcar las pautas cuando los derechos fundamentales enunciados precedentemente fueran objetos de regulación, actuando como una verdadera “válvula reguladora”⁸⁰. Decía la V Enmienda que: *“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o de otra ofensa infamante, sin la denuncia o imputación de un gran jurado, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia cuando se encuentre en servicio actual en tiempo de guerra o peligro público; ni será ninguna personas sometida dos veces al riesgo de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará en ningún caso criminal a declarar contra sí misma; ni se le privará de su vida, libertad o propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”*.

En este mismo sentido y ligado directamente con lo preceptuado en la V Enmienda, la Declaración de Derechos de Virginia desarrolló el concepto del debido proceso antes que la V enmienda, en el año 1776 al exigir que: *“VIII.- En toda persecución criminal, el hombre tiene derecho a averiguar la causa y la naturaleza de su acusación, a ser careado con los acusadores y testigos, a producir las pruebas a favor, y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial...”, “que no puede ser impelido a declarar contra sí mismo; que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino según la ley del país o el juicio de sus pares”*.

No obstante su consagración en las diversas constituciones de los estados norteamericanos, la cláusula del debido proceso así entendida no aparece revestida del carácter amplio e integrador de diversas garantías judiciales con que se le asocia hoy en día. Constituye entonces una de las numerosas garantías de la “*Bill of Rights*” norteamericana que tiene un contenido procesal penal⁸¹.

⁸⁰ ESPARZA, Iñaki, *El Principio del Debido Proceso*. En: TORO J. María Fernanda, op.cit. p.7.

⁸¹ LÓPEZ M., Julián. “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Andrés Bordalí (coordinador), Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 184.

Conforme lo anterior, se entendía como una cláusula interpretada de manera restrictiva, como sinónimo del derecho a ser juzgado por la ley vigente al tiempo de la comisión del delito, o como adhesión a ciertos principios del *common law* que no estaban incorporados en las demás garantías consagradas constitucionalmente⁸².

Esta “válvula reguladora”, garantía judicial, protección del acusado, derechos de la defensa y todos aquellos sinónimos que se le pueden añadir al concepto por el amplio contenido que implica el debido proceso, sugiere entonces que se le asigne una categoría jurídica que permita hacer alusión a éste en base a un mismo criterio, de lo contrario podemos caer en innumerables confusiones teniéndolo por derecho, garantía, principio o lo que cada autor estime pertinente para su estudio.

Estamos ciertos que se encuadra dentro de la categoría de derechos fundamentales, que por su condición de tales se consagran en las Constituciones y tienen ratificación internacional mediante la adopción de Instrumentos supranacionales que los convierten en verdaderos principios de un Estado observante de la ley. En esa categoría entran la protección de la vida, la prohibición de la tortura, el reconocimiento a la integridad física y síquica, la libertad de expresión y una cantidad acotada de derechos que es posible apreciar para el caso chileno, en el artículo 19 de la CPR. En este sentido, la profesora y ex Presidenta de la Corte Interamericana, Cecilia Medina Quiroga, ha expresado que el debido proceso constituye un **principio** sostenedor de un Estado de Derecho, actuando como una verdadera piedra angular toda vez que “es, por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho (...)”⁸³.

Para esta memoria tal como lo hemos expresado precedentemente, lo consideraremos como un principio que informa el proceso y que coadyuva a mantener las bases de un Estado respetuoso de la ley. Sin debido proceso las personas ven mellados sus derechos y por consecuencia se impondría la ley del más fuerte que suele detentar quien se encuentra en la cúspide del poder, corriendo el riesgo de los consecuentes abusos que se siguen de esta práctica del más fuerte.

⁸² LaFave W., Israel y King N., *Criminal procedure*, West Group, 3ª ed., St. Paul Minn., 2000, p. 57 En, LÓPEZ M., Julián, op. cit. 185.

⁸³ MEDINA Q. Cecilia, op.cit. p.267

Es por tanto un principio, elevado a la categoría de derecho fundamental para hacer frente a cualquier intento por reducirlo a una expresión menor de la que merece. Principio en tanto no es susceptible de restricción alguna, menos de suspensión.

Aun cuando nadie discute la naturaleza de derecho humano del debido proceso, cabe hacer presente su carácter progresivo y evolutivo. Progresivo toda vez que trae consigo la incorporación de nuevos derechos procesales como por ejemplo, el derecho a la no autoincriminación⁸⁴ lo cual ha sido considerado como “evolutivo” en el sentido que los derechos humanos se encuentran en un contexto de permanente innovación en el tiempo en función de nuevas necesidades de protección del ser humano, prueba de ello resulta en la Opinión Consultiva de la Corte 16/99 relativa al derecho de información de la asistencia consular en el marco del debido proceso⁸⁵.

En tanto derecho humano, el debido proceso es un instrumento para alcanzar justicia⁸⁶, que comprende a todos, **incluida la administración del Estado**⁸⁷.

Antes de concluir, será necesario poner de manifiesto las voces que refutan el sitio de preponderancia que se la ha atribuido a este principio, en tanto han entendido que su consagración implica necesariamente una afectación a la eficiencia o rapidez de la persecución penal por ejemplo, donde el instrumento punitivo estatal se ve constantemente frenado por las garantías que debe respetar, atentando de este modo contra el éxito de las policías y la autoridad a cargo de perseguir las responsabilidades criminales.

Respecto a lo anterior podremos argumentar que este aparente entorpecimiento es parte de un precio justo y necesario que se debe asumir en una sociedad democrática de derecho que aspira a regirse por normas emanadas del poder soberano y no por la imposición del más fuerte. Lo que muchos critican como trabas a la efectiva persecución penal y poder sancionatorio del Estado, los garantistas y los respetuosos de los derechos humanos en definitiva, lo aprecian como un elemento medular para la

⁸⁴ Corte IDH, OC-16/99, párr. 117.

⁸⁵ *Ibíd*, párr. 15 voto razonado del Juez Cancado Trindade.

⁸⁶ *Ibíd*, párr. 117.

⁸⁷ Corte IDH, *caso Baena Ricardo Vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párr.

protección de las personas y por ende el compromiso con el cumplimiento de los derechos humanos, siendo indispensable la tutela de las garantías procesales para el desenvolvimiento de una sociedad equitativa que sepa atenerse a criterios razonables y justos en la limitación de sus derechos.

Para concluir con este apartado, me gustaría tomar un fragmento del voto concurrente emitido por el Juez de la Corte Interamericana, señor Sergio García Ramírez en el caso *Fermín Ramírez*⁸⁸ seguido contra Guatemala, donde da luces para comprender la tensión existente entre rapidez en la persecución punitiva del Estado y el respeto al derecho en el proceso de una manera magistral:

“En el ejercicio de la civilización se ha llegado a conciliar la necesidad imperiosa de que el Estado provea seguridad a la sociedad –provisión que constituye una de las razones de ser del Estado, entre las más radicales y necesarias-- y la exigencia ética y hoy jurídica de que lo haga sin lesionar la dignidad humana ni prejuzgar sobre la responsabilidad que está sujeta a juicio. De esta complicada conciliación –ámbito natural para la construcción y preservación del Estado de Derecho--, que garantiza la libertad de todos, no sólo la seguridad del inculpado, surge el debido proceso legal en sus diversas vertientes, la penal a la cabeza, y con ella se disipa lo que de otra suerte pudiera plantearse como dilema: seguridad o justicia, paz o derecho. En la era del garantismo, el debido proceso que conduce al esclarecimiento de los hechos y a la sentencia justa --debido proceso que sirve, pues, al acceso formal y material a la justicia-- es prenda de aquella conciliación y del frágil equilibrio en el que se instala”.

2.2.Marco Normativo básico.

Es necesario establecer el marco normativo dentro del cual nos moveremos con el objeto de llevar a cabo una definición del debido proceso a partir de los instrumentos normativos internacionales que consagran dicho principio y en particular, dentro de lo consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana que lo establece en dos

⁸⁸ Corte IDH, GARCÍA R. Sergio, Voto concurrente, párr. 8 *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005.

numerales. Para ello, seguiremos el estudio efectuado por O'Donnell⁸⁹ que resulta muy ilustrativo al respecto⁹⁰.

Tanto la Declaración Universal de 1948 en su artículo 10, como la Declaración Americana del mismo año en sus artículos XVIII y XVI, el Convenio Europeo en su artículo 6 y el Pacto en su artículo 14 establecen a favor de las personas garantías mínimas que deben ser observadas al momento de ser procesadas por cualquier acto que se les impute. Es más, existen una serie de instrumentos normativos complementarios que refuerzan el principio, como lo que se desprende de los denominados Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobada en la Asamblea general de las Naciones Unidas en 1985 los cuales constituyen un aporte valioso para la interpretación del concepto del derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial⁹¹. Posteriormente se adoptaron dos instrumentos complementarios, los Principios Básicos sobre la función de los abogados y las directrices sobre la función de los fiscales⁹². En este mismo sentido, la Convención del Niño en su artículo 40 establece una serie de obligaciones que deben acatar los Estados cuando se trata de procesos seguidos contra menores de edad, y así existen otros instrumentos que se hacen eco de los documentos principales para consagrar el principio objeto de estudio.

La CADH establece un catálogo de derechos civiles y políticos en su capítulo II, que transcurre de los artículos 3 al 25, además del establecimiento de los derechos contenidos en el art 1 y 2 que disponen la obligación de respetar y garantizar los

⁸⁹ Juris Doctor de la Universidad del Estado de Nueva York en 1977. Fue director de investigaciones de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala en 1997 y director adjunto del equipo de investigación del Secretario General de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo en 1998. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos, Unicef, ACNUR, PNUD, la Corte IDH y varias ONG.

⁹⁰ Véase *Derechos Internacionales de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado para las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003.

⁹¹ Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milán el 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y aprobados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 19 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

⁹² Ambos aprobados en 1990 por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

derechos reconocidos en la Convención, así como de adoptar las medidas de derecho interno que sean necesarias para garantizar el respeto de dichos derechos.

No obstante lo anterior, la mayoría de los derechos consagrados en la Convención constituyen garantías sustantivas que no interesan al derecho procesal, que para el caso en cuestión resulta determinante a partir de los requisitos procedimentales consagrando las garantías judiciales que el artículo 8 establece y al cual nos abocaremos a continuación, teniendo en cuenta eso sí, otros artículos de la Convención que eventualmente tienen incidencia en el tratamiento que la Corte ha dado del debido proceso, ya que su estudio muchas veces se encuentra ligado a la vulneración de la libertad personal –artículo 7- y el derecho a la protección judicial artículo 25- en conjunto al artículo 8.

El artículo 8º de la Convención establece 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.*
2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías:*
 - a. *Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por del traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
 - b. *Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
 - c. *Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*

- d. *Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
 - e. *Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley;*
 - f. *Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*
 - g. *Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
 - h. *Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*
3. *La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.*
 4. *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.*
 5. *El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.*

Con el objeto de simplificar su estudio, lo transcrito precedentemente asegura una serie de requisitos generales que deben ser cumplidos en todo proceso –artículo 8.1- estableciendo otros adicionales que deben cumplirse, a modo de garantías mínimas, si se trata de una acusación penal⁹³. Sin embargo, como veremos más adelante, dicha interpretación se ha hecho extensiva con la jurisprudencia de la Corte a todo tipo de procedimientos.

⁹³ TORO J., María Fernanada, op.cit. p. 54.

Del artículo transcrito, se desprende tal como lo expone la profesora Medina, la consagración de las “garantías judiciales” que se conoce en el DIDH como el derecho al debido proceso. Lo anterior, enfatizado por la Corte al decir que la aplicación del artículo 8 -y esto muy relevante para el proceso de expulsión de extranjeros en Chile ya que se considera un procedimiento administrativo- “no se limita a los recursos judiciales en un sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁹⁴.

La profesora Medina añade que el hecho de que el artículo 8 de la Convención “regule con tanta precisión el procedimiento judicial penal, sumado a una diversidad de sistemas legales –anglosajón y continental- en la Región, obligan a la jurisprudencia de la Corte, interpretar las normas del debido proceso de una manera tal que trascienda lo particular hacia un estándar mínimo aplicable a todos los Estados partes en la Convención. En este sentido se debe entender que el párrafo segundo complementa al primero, no lo reemplaza, lo que implica que es posible que, eventualmente pueden requerirse garantías adicionales a las mínimas allí señaladas, para que un proceso sea debido, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo primero⁹⁵, lo que deja la puerta abierta a la función integradora del debido proceso y que con oportunidad del tratamiento en el apartado 3.2.4 acerca del tratamiento a nivel doctrinal y jurisprudencial local, es abordado con mayor detención.

Humberto Nogueira Alcalá⁹⁶ ha dicho que mediante la vía interpretativa puede sostenerse que las expresiones del inciso 5º del artículo 19 No. 3 empleados en la Carta Fundamental, consideran lo que en doctrina se denomina como *debido proceso sustantivo*, que exige la conducta y actuación razonable del juez en todas las etapas

⁹⁴ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, párr. 108.

⁹⁵ MEDINA Q., Cecilia, op.cit. p. 267.

⁹⁶ Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y del Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional de las Asociaciones de Derecho Constitucional de Argentina, Perú y Venezuela.

del procedimiento y la razonabilidad de las normas que lo regulen, además de las reglas del *debido proceso penal*, que considera como mínimo el emplazamiento, el derecho de defensa letrada, la bilateralidad y principio de contradicción, el dictar la sentencia en un plazo razonable por un tribunal que tenga el carácter de objetivo e imparcial; y la posibilidad de revisión de lo resuelto o fallado por una instancia superior, igualmente objetiva e imparcial⁹⁷.

En el ordenamiento jurídico nacional, nuestro texto constitucional no utiliza ninguno de los conceptos doctrinales que han justificado la existencia del debido proceso. El constituyente consideró el debido proceso como “un procedimiento y una investigación racionales y justos” que se encarga de establecer al legislador en el inciso 5º del artículo 19 No. 3 de la CPR⁹⁸.

Para concluir con el marco normativo que supone el artículo 8 de la Convención y los demás instrumentos internacionales relativos a la materia, se entiende que el debido proceso tal cual ya mencionamos al citar a la profesora Medina, se sitúa como la piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es indispensable su existencia para mantener firme las bases de un Estado de Derecho. Lo anterior se ve refrendado por la OC 9/87, párrafo 30 de la Corte IDH que concluyó la imposibilidad de suspender las garantías contenidas en el artículo 8 en conjunto a las del artículo 7.6 y 25.1 estableciendo que “los principios generales del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción, en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puede considerarse como garantía judiciales”⁹⁹.

2.3. Concepto acuñado por la jurisprudencia interamericana:

La Corte en su lata jurisprudencia ha discurrido acerca de este concepto en innumerables fallos –y opiniones consultivas-, estableciendo ciertos parámetros

⁹⁷ NOGUEIRA A., Humberto. El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Editorial Librotecnia, 2007, pp. 26-27.

⁹⁸ Reforma del artículo 19 No. 3 de la Constitución, aprobado por Ley de Reforma Constitucional No. 19.519, D.O. 16 de septiembre de 1997.

⁹⁹ MEDINA, Cecilia. Op.cit. p. 268.

básicos que evoluciona conforme pasan los años ante la imposibilidad de mantener una definición inmutable en gran parte debido a la complejidad de los asuntos que se presentan a su conocimiento y la disparidad de criterios con que los jueces efectúan la observancia de las garantías mínimas contempladas en el artículo 8 de la Convención donde se encuentra consagrado dicho principio¹⁰⁰.

Producto de lo anterior, a continuación efectuaremos un intento por sistematizar los mínimos que se han asentado en la jurisprudencia y que no son objeto de discusión, para luego entrar a analizar los matices que hemos develado en el estudio casos conocidos por la Corte.

Con todo, hay un elemento que puede ilustrar de buena manera lo que implica el respeto a esta garantía fundamental, y es que a la luz de la Declaración Americana, en lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso se conciben como **dos caras de la misma moneda**¹⁰¹, cuestión que ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de la Corte que generalmente ha efectuado un tratamiento conjunto de los artículos 25 y 8 de la Convención, pues mientras el primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. Importante es tener en cuenta lo anterior para no confundir el derecho a un recurso efectivo y a un debido proceso, pues este último es más amplio ya que ampara a la persona en todo asunto jurídico que le concierne, incluso en procesos en su contra iniciados por el Estado o por terceros¹⁰².

¹⁰⁰ Mientras el Juez Cançado Trindade ha propuesto la indisociabilidad entre las garantías del art. 8 y el derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25, afirmando que ambos se complementan y se completan, la actual Pdta., de la Corte ha dicho que el artículo 8 debe entenderse separado del 25 ya que este último versa sobre el acceso a la justicia mientras que el primero dice relación con las debidas garantías que cualquier procedimiento que limite derechos, incluidos los que se llevan ante Tribunales Superiores mediante la interposición del recurso consagrado en el 25; revisar voto disidente de la Jueza Medina en el *caso Claude Reyes Vs. Chile*.

¹⁰¹ El destacado es nuestro.

¹⁰² O'DONNELL, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto

Esta idea de amplitud viene dada por la interpretación que se efectúa del artículo 8, en particular de su numeral 1, ya que se apoya en el espíritu de la norma más que al tenor literal de la misma, debiendo ser apreciado conforme al artículo 29 inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno¹⁰³.

Para la Corte, el debido proceso abarca las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹⁰⁴, a efecto de “que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos”¹⁰⁵, constituyendo un límite infranqueable a la discrecionalidad del poder público en **cualquier materia**¹⁰⁶.

Antes de entrar al análisis mismo de las sentencias emanadas de este órgano jurisdiccional, merece la pena precisar que la Corte no constituye una instancia más en el proceso de juzgamiento que se efectúa a nivel interno –conocido en la doctrina como la cuarta instancia–, sino que “examina si los tribunales nacionales han respetado, entre otros, la obligación de otorgar en un tiempo y condiciones adecuadas para la defensa, si ha dado o no la posibilidad de objetar las pruebas que se presentan en contra de la parte presuntamente violada; en suma, si ha habido una infracción de normas procesales básicas establecidas en el artículo 8”¹⁰⁷.

En tres sentencias adoptadas en 1991 la Corte dejó sentada una jurisprudencia importante en relación al artículo 8 numerales 1 y 2, donde se desprende la extensión de su aplicación a los procedimientos civiles y administrativos, que había sido

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Primera edición, Bogotá, 2004, pp. 349-350.

¹⁰³ Corte IDH, *caso Las Palmeras* párr. 58; *caso Durand Ugarte*, párr. 128; *caso Blake*, párr. 96.

¹⁰⁴ Corte IDH, OC-9/87, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia”, 6 de octubre de 1987, párr. 28.

¹⁰⁵ Corte IDH, *caso Baena Ricardo Vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, de párr. 124.

¹⁰⁶ Corte IDH, *caso Las Palmeras*, sentencia de 6 de diciembre de 2001. Voto razonado de los Jueces Cancado Trindade y Pacheco, párr. 16.

¹⁰⁷ MEDINA Q., Cecilia, op cit. p. 269.

esbozado con anterioridad en la Opinión Consultiva OC-11/1990 relativa al agotamiento de los recursos internos.

De dónde saca la idea de hacer extensiva la aplicación de las debidas garantías a todo tipo de procedimiento la Corte Interamericana; la respuesta viene dada a partir del estudio doctrinario efectuado a la luz de los artículos 14 del Pacto y 8 de la Convención (y sus fallos respectivos por parte del Comité y la Corte) de donde se desprende un reconocimiento a ser oído con las debidas garantías. Es esta cláusula la que abre la puerta para la aplicación a procesos civiles y administrativos de ciertas de las garantías plasmadas en los párrafos relativos a procesos penales¹⁰⁸.

Así las cosas, en el caso conocido por la Corte del *Tribunal Constitucional*¹⁰⁹ referido a un juicio político sobre tres magistrados destituidos de sus cargos por una comisión del Congreso, la Corte manifestó lo siguiente respecto al párrafo 1 del artículo 8¹¹⁰:

(...) que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para “la determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana¹¹¹.

¹⁰⁸ O'DONNELL, Daniel. Op.cit. p.360

¹⁰⁹ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C.

¹¹⁰ Seguimos el tratamiento que O'DONNELL op.cit. otorga a su capítulo 5 del principio de legalidad y el debido proceso legal (garantías judiciales) pp. 363-367.

¹¹¹ *Ibíd.*, párr. 71.

A su vez, respecto del párrafo 2 del artículo 8, en el caso *Ivcher Bronstein*¹¹² conocido por la Corte, y que tangencialmente tiene relación con temas migratorios por las particularidades de la víctima, se dijo que:

(...) las garantías mínimas establecidas en el numeral 2 del mismo precepto (artículo 8) se aplican también a esos órdenes y, por ende, en éstos el individuo tiene derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal, en cuanto sea aplicable al procedimiento respectivo¹¹³.

Todo lo anterior encuentra su expresión más completa en la sentencia del caso *Baena Ricardo*, relativa a una acción administrativa que resultó en el despido de funcionarios de una entidad estatal por el ejercicio de la libertad de manifestarse:

(...) Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

Y agrega:

En cualquier materia la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada (...) Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, **no estando la administración excluida de cumplir con este deber**. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro

¹¹² Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas)*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

¹¹³ *Ibíd.* Párr. 103

procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho a toda persona a un debido proceso¹¹⁴.

Lo anterior demuestra que la Corte IDH ha condenado a Estados por procesos lesivos llevados a cabo por el Congreso¹¹⁵, Poder Ejecutivo¹¹⁶ o, incluso, un cuarto poder como el Electoral, en Nicaragua¹¹⁷, todo lo cual deja en evidencia que el ámbito de aplicación de las garantías contenidas en el art. 8 de la Convención no se limita exclusivamente a procesos de orden penal o civil sustanciados ante el poder judicial de un Estado, sino que a todo proceso destinado a determinar derechos u obligaciones¹¹⁸, por lo tanto, totalmente aplicable a los procedimientos administrativos de expulsión de extranjeros y no sólo a procesos judiciales como se lee al tenor literal de los artículos previamente referidos en el capítulo anterior, ya que el texto de la Convención debe responder ante todo a su objeto y propósito.

En síntesis, y tomando partido de la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto del debido proceso, encontramos en la voz del ya citado Juez García Ramírez, una idea esclarecedora del concepto acuñado por ésta, que lo

¹¹⁴ Corte IDH, *caso Baena Ricardo Vs. Panamá (Fondo, reparaciones y costas)* sentencia de, párrs. 124-128.

¹¹⁵ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72 y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas.

¹¹⁷ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

¹¹⁸ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71., párr. 77; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 131

considera como el “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto del Estado que pueda afectarlos”¹¹⁹. Este concepto, según la jurisprudencia de la Corte, no se concentra en la materia penal; alcanza a otras especialidades del enjuiciamiento y, en general, del procedimiento, cuando se hallan en suerte los derechos de las personas: el “elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del (artículo 8) se aplica también a (otros) órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”¹²⁰.

Para que exista debido proceso, estableció la OC-16, “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹²¹.

En otras oportunidades, la Corte manifestó que la existencia de verdaderas garantías judiciales --en las que se afirma el debido proceso-- requiere que en éste se observen todos los requisitos que “sirv(a)n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”¹²². Es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹²³.

En la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana se debe valorar no solamente la elaboración del concepto de debido proceso, sino además su extensión a temas distintos y hasta distantes de la materia penal, tomando como referencia, sin embargo, en todo lo que resulte racionalmente aplicable, las características que aquél

¹¹⁹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18*, párr. 123.

¹²⁰ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, párr. 70.

¹²¹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16*, párr. 117.

¹²² Corte IDH, *OC-8/87*, párr. 25.

¹²³ *Ibíd.*, párr. 28.

tiene en asuntos penales --que son las más ampliamente exploradas y detalladas-- para instalar una tutela amplia y cierta.

En esa jurisprudencia se puede apreciar también el carácter dinámico, expansivo, del debido proceso, al que llegan nuevos datos que contribuyen a la más completa tutela de los derechos -y bienes jurídicos depositados en ellos- protegidos a través de esa noción. Ha sido plausible la incorporación como pieza del debido proceso del derecho a conocer la posibilidad de recibir asistencia consular, que favorece al detenido extranjero y cuya inobservancia, negativa o menoscabo vicia el procedimiento y priva de validez a la sentencia construida sobre esa base endeble. Esta afirmación, originalmente formulada por la Corte Interamericana en la OC-16, fue luego acogida en la solución de casos ante la Corte Internacional de Justicia: *LaGrand, de Alemania vs. Estados Unidos*, y *Avena y otros nacionales mexicanos, de México vs. Estados Unidos*¹²⁴.

En este sentido, tal cual lo expresa la Presidenta de la Corte IDH, y con motivo de la OC-16/99, “el *leit motive* de las garantías mínimas del inculpado y de las debidas garantías de un proceso en general, es someter al proceso a reglas que aseguren la posibilidad del afectado de tener una buena defensa y, por lo tanto, es posible que eventualmente sean necesarias otras garantías que no están expresada en esta Convención, pero que deben respetarse”¹²⁵, abriendo de este modo la función integradora que cumple el debido proceso y que veremos a propósito del tratamiento que la doctrina nacional ha hecho de éste y que coincide con la progresividad que caracteriza al derecho internacional de los derechos humanos en lo que a su interpretación se refiere¹²⁶.

¹²⁴ Corte IDH, GARCÍA R, Sergio, Voto concurrente, párrs. 10, 11, 17 y 18, *caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*.

¹²⁵ MEDINA Q., Cecilia, op. cit. p. 333.

¹²⁶ Ver voto del Juez Sergio García Ramírez en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, acerca de la noción evolutiva y progresiva de los derechos humanos.

En reciente jurisprudencia del año 2007, la Corte, en el caso *Zambrano Velez y otros*¹²⁷, ahondó aun más en el alcance de las garantías judiciales, confirmando lo dicho hasta el momento en su jurisprudencia anterior y aclarando que:

La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, las cuales serán distintas según los derechos afectados. Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías¹²⁸. Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales¹²⁹.

En jurisprudencia del año 2008, en virtud del análisis del fondo del caso *Apitz y otros*, la Corte profundizó en lo referente a las garantías respecto del Tribunal que juzgará los hechos, el cual se enmarca dentro de uno de los requisitos básicos que configuran el principio del debido proceso.

¹²⁷ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 54.

¹²⁸ en similar sentido, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párr. 38. Ver también *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. párr. 107.

¹²⁹ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *supra* nota 35, párr. 21. Ver también *Durand y Ugarte*, *supra* nota 35, párr. 99.

El artículo 8.1 de la CADH establece –como norma general, aplicable a todos los procedimientos- el derecho a ser oído por un tribunal i) competente, ii) independiente, iii) imparcial y iv) establecido con anterioridad a la ley.

La Corte aporta valiosa jurisprudencia, que toma más importancia aun cuando nos encontramos ante un escenario como el que analizamos en este trabajo, estableciendo que¹³⁰:

La Corte garantiza el derecho a ser juzgado por “un tribunal competente (...) establecido con anterioridad a la ley”. Esto implica que las personas “tienen derecho a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”, razón por la cual el Estado no debe crear tribunales que no apliquen las normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. Con esto se busca evitar que las personas sean juzgadas por tribunales especiales, creados para el caso o *ad hoc*.

Lo anterior es sumamente importante en tanto se va al núcleo de la doctrina de la separación de poderes como base de un sistema democrático, y a la autonomía de jueces o juezas respecto de presiones externas o internas. Con la jurisprudencia de la Corte se valida una vez más el carácter fundamental de la judicatura como entidad llamada a resolver los conflictos que afecten o limiten derechos, y en tanto sean éstos siempre sustanciados por las garantías mínimas que rodean a un procedimiento.

Para concluir este acápite, quisiera referirme a la importancia que tiene para la Corte y su jurisprudencia el principio objeto de estudio, pues se ha dicho que “en una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se

¹³⁰ Véase, NASH R., Claudio y SARMIENTO R., Claudia, “Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) en Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2009, p. 128.

define, completa y adquiere sentido en función de los otros”¹³¹. En este sentido se entiende que la Corte considerara a las garantías judiciales del artículo 8 indispensables y por ende no susceptibles de suspensión.

En tal sentido, la profesora Medina concluye de la lectura del artículo 8 una concepción amplia del debido proceso, ya que busca “proteger el derecho de los individuos a que se resuelvan con la máxima justicia posible, por una parte, las controversias que se susciten entre dos partes, sean ellas particulares u órganos del Estado y se refieran ellas a materias que estén o no en el ámbito de los derechos humanos, y por otra, los procedimientos de tipo penal para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona”¹³².

2.4.Consagración normativa y concepto acuñado por la doctrina y jurisprudencia local.

En nuestro país, el concepto fue incorporado en el ordenamiento jurídico a partir del artículo 18º del Reglamento Constitucional de 1812 y reiterado en los artículos 122º de la CPR de 1823, 11º de la CPR de 1833 y 11º en la de 1925. Continuó desarrollándose para armonizar dos grandes intereses en juego cuando se procede a juzgar un delito, a saber, el interés social que se ve perjudicado toda vez que existe la comisión de un ilícito y el interés individual, ya que se emplea como garantía cuando el sujeto objeto de un proceso penal es juzgado ante un Juez de la República con el fin de determinar su culpabilidad o inocencia en un hecho¹³³.

El constituyente de 1980 se contentó con imponer una limitación al ejercicio del poder jurisdiccional. Al respecto, el profesor Raúl Tavolari expresa que lo anterior no es sorpresa, ya que todo análisis del modo de reconocer las garantías individuales

¹³¹ Corte IDH, OC-9/87 sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, 6 de octubre de 1987, parr 35.

¹³² MEDINA Q., Cecilia, op. cit. p. 266. Para complementar, ver M. Melgar Adalid, “El derecho humano de acceso a la justicia”, en Corte IDH, *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, Vol. I, 1998, San José, Costa Rica, pp. 1035-1048.

¹³³ Corte Suprema de Justicia, fallo para el desafuero de Augusto Pinochet Ugarte, de 8 de agosto de 2000, en LARRAÑAGA E., Paula y URQUIETA S., Yezid, op. Cit. p. 82.

demuestra la poca simpatía con la que el constituyente entró a las regulaciones de los derechos de los individuos en los procesos. Ejemplo de lo anterior serían la concepción de la defensa jurídica en la perspectiva decimonónica de la caridad y no en cuanto requisito de validez de los procesos, y el trato de la libertad provisional a la que, en definitiva, no se le reconoció la condición de derecho inherente a toda persona¹³⁴.

En este mismo sentido, las garantías que en el resto del mundo asegura a las personas ciertos derechos fundamentales inalienables no se afectarán sin un debido proceso de ley –vida, honra, libertad y bienes-, en el sistema chileno aparece esbozado de manera muy superflua como una exigencia genérica al comportamiento judicial.

Las normas del debido proceso en Chile, encuentran su fundamento en el reconocimiento de las libertades y derechos que son consustanciales al hombre y que el Estado debe respetar. Se justifican toda vez que el Estado es garante de la persona, tal cual se desprende del artículo 1º inciso 4º de la CPR.

La misma CPR, en su artículo 19º No. 3 inciso 5º, reconoce la necesidad de un debido proceso mediante la enunciación de dos aspectos fundamentales, dentro de los cuales pueden incorporarse todos los demás elementos que conforman este principio.

Dispone la CPR en su artículo 19º No. 3 inc. 5º que *“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”*¹³⁵. Lo anterior va siendo desarrollado en el mismo numeral con los incisos sucesivos al enunciado precedente, viéndose ampliado el grupo de normas garantizadas, las cuales se apoyan en otras, que constituyen verdaderos límites a las facultades jurisdiccionales en materia de debido proceso.

Este principio se consagra en Chile en diversos cuerpos normativos, incluso sin tener carácter netamente procesal, como resulta del Código Civil en su artículo 9º que establece otro principio de suma importancia para el correcto ejercicio de la función judicial, a saber, la irretroactividad de la ley, señalando que *“la ley puede sólo disponer*

¹³⁴ TAVOLARI, Raúl. Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 266-268, nota al pie No. 35.

¹³⁵ CPR, 2005, actualizada a febrero de 2007.

para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo...” Asimismo, el Código Penal en su artículo 79º deja entre ver la idea de la presunción de inocencia al momento de señalar que ninguna pena podrá ejecutarse sino en virtud de una sentencia ejecutoriada.

El Código del Trabajo, la Ley de responsabilidad penal adolescente, el Código Orgánico de Tribunales, del Proceso Penal, de Procedimiento Civil entre otros, han consagrado con fuerza la idea del debido proceso, en especial estos últimos que son disposiciones de carácter procesal y que obedecen a diversos artículos¹³⁶ diseminados por el código que consagran elementos indispensables del proceso como el emplazamiento, la bilateralidad de la audiencia, el principio de contradicción, derecho a defensa letrada, dictación de sentencia en plazo razonable por un tribunal objetivo e imparcial, la revisión de lo sustanciado ante un tribunal de alzada, entre otras.

Tal como lo expresamos al iniciar el estudio del debido proceso en este capítulo, su significado ha sido objeto de estudio en múltiples libros, revistas, documentos docentes e incluso cátedras que abordan las implicancias conceptuales y práctica de este principio, movidas (todas estas iniciativas) en la mayoría de los casos por dar con un concepto que se acerque a lo que el principio reporta con la tutela de las garantías que lo constituyen, sin existir a la fecha un concepto unívoco sobre el que descansen todos los que han recorrido este camino, sino que complementándose los unos a los otros en una dinámica permanente por delimitarlo.

Con esta prevención inicial, iniciamos el largo recorrido que nos espera al momento de intentar ilustrar cuáles han sido las corrientes más fuertes que han otorgado el sello distintivo al debido proceso tomando algunos autores que merecen, a nuestro juicio, ser considerados para adentrarnos al análisis de este principio.

Es menester enunciar un elemento que rodea todas y cada una de las ideas que se tienen del debido proceso, a saber, la idea de igualdad ante la ley, que es definida como “el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental

¹³⁶ Código de Procedimiento Civil: *Arts. 38 y ss (de las notificaciones); Arts. 113 y ss (implicancias y recusaciones) Arts 186 y ss (de la Apelación); Arts 327 y ss (del Término Probatorio. Código Procesal Penal: Arts 1 a 5 (Principios Básicos); arts 36 (fundamentación de las resoluciones); Art 93 y ss. (derechos y garantías del imputado) Art 276 (exclusión de prueba en Juicio Oral)*

para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea procedente efectuar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de la raza, nacionalidad, sexo, profesión, actividad u oficio y del grupo o sector social o categoría económica a que se pertenezca”¹³⁷. Lo anterior no busca más que limitar las posibles arbitrariedades que se puedan cometer en el proceso y que las distinciones que se puedan llevar a cabo en éste sea para todos los sujetos comprensibles sin rasgos de discriminación.

Lo anterior, para entender que el debido proceso es por excelencia, la garantía de todos los derechos humanos y estandarte de un Estado de Derecho¹³⁸, por ello su importancia en el tratamiento que diversos juristas le han otorgado a su contenido y alcance.

Juan Colombo Campbell¹³⁹, haciéndose de la idea que sostienen dos grandes del derecho (Burgi y Couture), dispone un concepto de debido proceso como aquel idóneo para que el Estado ejerza jurisdicción y los sujetos involucrados tengan acceso racional y justo a la solución de sus conflictos. Al momento de responder a su doble objetivo, a saber, la resolución del conflicto y el posterior restablecimiento del derecho, debe ajustarse estrictamente a las normas de procedimiento preestablecida para su tramitación, toda vez que ellas son las que contienen los presupuestos procesales habilitantes para que el proceso, una vez afinado, logre su objetivo y pueda calificarse como “debido”¹⁴⁰.

Ahondando sobre el principio, el autor sostiene que “el debido proceso es un concepto unitario, pero como una moneda, tiene dos caras. La primera nos señala que es general y aplicable a todos los casos en que se emplee como forma de solución de

¹³⁷ EVANS de la CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 51. En. LARRAGAÑA E. Paula y URQUIETA S. Yezid (Memoristas), op cit.

¹³⁸ Ver, MEDINA Q., Cecilia, op.cit. párr. 2, p. 267.

¹³⁹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1958). Profesor Titular del departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Ex Decano de la Facultad y ex Director del mismo Departamento. Ex miembro integrante de la Excma. Corte Suprema de Justicia y actual miembro del Tribunal Constitucional

¹⁴⁰ COLOMBO C., Juan. *El debido proceso constitucional*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, No. 32, 2006, p. 13.

conflictos y la otra, referida al caso concreto nos muestra como en uso de su competencia específica, lo resuelve”¹⁴¹.

El profesor Julián López Masle¹⁴², se muestra escéptico sobre la verdadera utilidad que el debido proceso tiene en nuestro país, ya que a su juicio, la doble función que ejerce el principio sea como integradora de otros derechos fundamentales, sea como generadora de reglas de persecución penal, ha sido pura utopía. Aun cuando el principio fue recogido, la intención de que cumpliera un rol integrador adoleció de realidad debido a la manera en que éste fue consagrado y a la superflua forma que adoptó al momento en que Chile ratificó diversos instrumentos internacionales que traían consigo un extenso catálogo de garantías judiciales autónomas¹⁴³.

En este escenario, la Reforma Procesal Penal llevada a cabo de manera gradual a partir del año 2000, ha sido importante para resituar la función del principio en orden a la función generadora de reglas de persecución penal, dando a los tribunales de justicia las mayores facultades en esta materia¹⁴⁴ y colocando en el centro del debate al debido proceso, institución que había perdido toda validez con el ordenamiento jurídico inquisidor con el que se ejercía la persecución penal en Chile hasta hace pocos años con los tribunales del crimen.

En este sentido, vale la pena destacar la función central que la judicatura toma con la reforma, como garante del respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, *preventivos y correctivos*. Entre los primeros podemos encontrar el mecanismo de autorizaciones judiciales de los artículo 83º CPR y 9º del CPP, que requieren la intervención judicial previa a toda actuación del procedimiento que “privare al imputado o a un tercero del ejercicio de cualquiera de los derechos fundamentales que la CPR le asegura”; y la cautela de garantías consagrado en el artículo 10º del CPP que se aplica cuando el “imputado no se encuentra en condiciones de ejercer las garantías judiciales consagradas en la CPR, leyes o TTII

¹⁴¹ COLOMBO C., Juan, op.cit. p. 19.

¹⁴² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (1992) y Master en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Harvard (1996). Es profesor del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

¹⁴³ LÓPEZ M., Julián. Op.cit. p. 181.

¹⁴⁴ *Ibíd*, p. 182.

ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Respecto a los mecanismos correctivos, vale la pena enunciar el régimen de nulidades procesales, que exige presumir de derecho la existencia del perjuicio “si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías de los derechos reconocidos en la CPR, o en las demás leyes”, y que se encuentra contenido en el art. 160 del CPP; en este mismo sentido, la exclusión de la prueba ilícita, que impone sobre el juez de garantía el deber de excluir “pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de los derechos fundamentales”, consagrado en el art. 276 del CPP dan cuenta de la existencia de estos mecanismos que se enmarcan en garantizar un proceso con observancia de las garantías fundamentales, dando pasos importantes en orden a respetar el principio del debido proceso¹⁴⁵.

En el ámbito de la judicatura, la **Excelentísima Corte Suprema de Justicia**¹⁴⁶ ha acogido el término objeto de estudio toda vez que en su sentencia de 5 de diciembre de 2001, ROL No. 3463, recaída en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil indicaba que la garantía consagrada en el numeral 3 inciso 5º del artículo 19 de la CPR, “asegura lo que en doctrina se denomina debido proceso, y que no es otro que aquél que se desenvuelve cumpliendo cierto principios básicos y ritualidades que garanticen un juicio justo. (...) Se le concibe como un conjunto de reglas que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar en el cumplimiento de sus funciones propias, entre las cuales se encuentran: la existencia de un juicio oral y público, la prohibición de juzgar dos veces al mismo individuo por el mismo acto, la prohibición de hacer declarar a una persona contra sí misma en causas criminales, la obligación de establecer siempre formalidades de notificación y audiencia, entre otros. En lo sustantivo se lo define como un estándar o patrón de justicia, para guiar el actuar de los órganos del Estado considerando las circunstancias de tiempo y lugar en el que se desenvuelve el proceso”.

A su vez, este mismo tribunal, respecto al conocimiento de recursos de nulidad en circunstancias del nuevo proceso penal, y como una entidad que se encuadra dentro

¹⁴⁵ LÓPEZ M., Julián, op.cit., p. 196.

¹⁴⁶ En: Sentencia de 31 de enero de 2003, causa ROL No. 496-2002, recaída en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 103 a 109 y 111 de la Ley General de Bancos;

de esta nueva lógica de las garantías procesales, ha resuelto en causa Rol No. 3319-2002, en la que se planteó el problema del reconocimiento individual (*showup*), alegando el defensor que el reconocimiento efectuado por la víctima se encontraba viciado pues no se llevó a cabo mediante la orden previa del Fiscal, y sólo por iniciativa de Carabineros, en donde además no se contaba con la presencia de otros individuos para el reconocimiento en dicha confrontación, el tribunal dispuso en sentencia de 29 de octubre de 2002 que en “esas condiciones, aun aceptando, lo que no está demostrado por quien concurre, que no se observó prolijamente los detalles procesales de la incautación del arma, su cadena de custodia y con el reconocimiento que hizo la víctima respecto del detenido en este procedimiento, el que por lo demás corresponde al de un delito flagrante, lo cierto es que esas probables deficiencias no tienen el carácter de sustanciales que permitan a este tribunal disponer la nulidad del juicio u, consecuentemente de la sentencia en contra de la cual se recurre”¹⁴⁷.

Situación similar sucedió con el caso de las monjas de La Serena, donde el reconocimiento de la rueda de presos (*lineup*) habría sido “muy peculiar” en palabras de una de las magistradas que integraba el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, ya que se pasaron por alto una serie de requisitos para llevar a cabo una rueda de reconocimiento que fuera fidedigna. La Corte Suprema en este caso, en el que se recurrió por nulidad, no se pronunció al respecto dejando pasar otra oportunidad para establecer directrices en orden a las condiciones en que la policía debía cumplir para reconocer legitimidad a las diligencias de reconocimiento de imputados en Chile.

López se pregunta si estos casos ilustran sólo una excepción o bien manifiestan una actitud general ante el desafío de la creación de reglas. Para ello, se vale de ciertos datos, que al año 2005 –y luego de 5 años de implementada la Reforma– pueden dar luces al respecto¹⁴⁸, concluyendo que la jurisprudencia de la Corte Suprema prácticamente no da cuenta del cumplimiento de la función generadora de reglas –al menos al 2005–.

¹⁴⁷ En, LÓPEZ M., Julián, op.cit. p. 200.

¹⁴⁸ Para un estudio más acabado, véase López M. Julián, op.cit. p. 201, pie de página No. 25.

Por su parte, el **Tribunal Constitucional** ha discurrido acerca de este principio y su consagración en el ordenamiento jurídico nacional en sentencia de 4 de julio de 2006, causa ROL No. 481-2006, recaída en acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 250 del CPC y artículos 215, 217, 218 inc. 2º, 219 y 229 inc. 1º, todos del COT, toda vez que ha dispuesto a partir del artículo 5 inc. 2º de la CPR que reconoce a los TTII como normativa a incorporar como derecho interno, que el debido proceso –art. 19 No 3 CPR- “ordena que toda persona tiene derecho a defensa en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”

Del artículo citado perteneciente al profesor Paulino Varas, se desprenden de manera expresa cuáles son los criterios que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han establecido en su jurisprudencia, acerca del contenido esencial del debido proceso, a saber:

- i. El concepto de debido proceso comprende el pleno derecho a la jurisdicción¹⁴⁹.
- ii. La garantía consagrada en el artículo 19 No. 3 inc. 5º de la CPR asegura lo que en doctrina se denomina debido proceso, y que no es otro que aquél que se desenvuelve cumpliendo ciertos principios básicos y ritualidades que garanticen un juicio justo¹⁵⁰.
- iii. Que la disposición constitucional prescribe que una vez establecido por el legislador un proceso legal éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo, es decir, que obra con según justicia y razón¹⁵¹.
- iv. Es el que cumple integralmente la función constitucional de resolver los conflictos de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del

¹⁴⁹ Corte Suprema, sentencia N°1 de 8 de agosto de 2000, ROL No. 1920-2000.

¹⁵⁰ Corte Suprema, sentencias Nos. 2 y 3, de 5 de diciembre de 2001, ROL No. 3643-2000 y de 31 de enero de 2003, ROL No. 496-2002.

¹⁵¹ Corte Suprema, sentencia de 4 de enero de 1995, ROL No. 198.

Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho¹⁵².

Este último punto, a juicio del autor, ha consagrado un efecto expansivo al debido proceso lo que es sumamente importante para el ordenamiento jurídico chileno, aun cuando éste se haya originado en una sentencia del año 2008.

En síntesis, se puede concluir que si bien la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional han reconocido el principio del debido proceso e inclusive se han detenido a efectuar un análisis detallado de éste, lo cierto es que carece de fuerza en el ordenamiento jurídico interno en relación al estándar internacional.

Los tratadistas a nivel local coinciden en gran parte con el carácter garantista que trae consigo el principio, algunos lo articulan a partir del derecho constitucional, otros a partir del desarrollo del derecho penal y otros directamente con sus fuentes remotas del Medioevo, pero aun así coinciden en que constituye un elemento de suma importancia para el desarrollo de un Estado que se rige por la ley y que resulta indispensable para el correcto funcionamiento de toda entidad que pueda limitar de una u otra manera derechos humanos.

Estamos conscientes que el *due process of law* acuñado y extensamente desarrollado en el derecho anglosajón, encuentra en el derecho continental –del cual nuestro país ha adoptado su forma– ciertos matices que eventualmente le pueden quitar fuerza al principio originario, pero que de todos modos, y según lo demuestra la experiencia de los demás países americanos y el sistema regional de protección de los derechos humanos, ostenta hoy un sitial preponderante en el juzgamiento de cualquier índole, por tanto resultaría erróneo aducir una idea de este tipo al momento de justificar la escasa función que cumple en nuestro derecho, sea como generador de reglas de persecución, sea como integradora de otros principios.

A objeto de demostrar lo que venimos diciendo sobre la fuerza del concepto en el ámbito local, recogemos lo expresado en parte de la doctrina por quien más ha escrito a este respecto en el concierto local y que ya fuera citado en este trabajo, el profesor

¹⁵² Tribunal Constitucional, sentencia N°5, de 30 de enero de 2008, ROL No. 986-2007.

Humberto Nogueira, quien ha puesto de manifiesto la incorporación de este derecho al bloque constitucional de derechos fundamentales¹⁵³ dentro de una idea más amplia y anterior como resulta del acceso a la jurisdicción¹⁵⁴, lo que en términos concretos implica que nuestro texto constitucional incorpora la idea del debido proceso como “un procedimiento y una investigación racionales y justos” consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental.

La pregunta que nos hacemos a continuación es, ¿cómo es que recoge nuestra Constitución Política un concepto acuñado en los instrumentos internacionales y por qué debiera estar presente lo dispuesto en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos? La respuesta a ello viene dado en relación a la exigibilidad que puede hacerse al Estado Chileno de lo contenido en la norma internacional, toda vez que resulta indispensable que los enunciados constitucionales nacionales se pongan por sobre el piso mínimo que implica un Convenio Internacional, transformándose la norma internacional en un deber imperativo para los Estados partes de acuerdo al artículo 1 de la CADH, los cuales “*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda personas que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna*”, lo cual determina la auto ejecutividad de los derechos contenidos en el tratado, sin requerir para ello de legislación interna¹⁵⁵.

Con todo, es posible decir que la Constitución recoge un concepto de debido proceso en su marco normativo, que obedece a lo que en doctrina se conoce como el debido proceso sustantivo, que exige la conducta y actuación razonable del juez en todas las etapas del procedimiento y la razonabilidad de las normas que lo regulen,

¹⁵³ El conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos y los derechos implícitos, expresamente incorporados por vía del artículo 29 literal c) de la CADH, todos los cuales en el ordenamiento constitucional chileno, constituyen límites a la soberanía, como lo especifica, categóricamente, el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Chilena vigente.

¹⁵⁴ NOGUEIRA A., Humberto. Elementos del Bloque Constitucional del Acceso a la Jurisdicción y Debido Proceso Proveniente de la Convención Americana de Derechos Humanos. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 2 No. 1: p.123 y ss. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2004.

¹⁵⁵ NOGUEIRA A. Humberto. op cit. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 2 No. 1: p.124. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2004.

además de las reglas del debido proceso procesal¹⁵⁶, complementado lo anterior por las normas internacionales que pueden hacerse valer en el orden interno debido a lo explicitado en el párrafo precedente.

A continuación, podremos adentrarnos en el estudio de la realidad nacional en lo que respecta específicamente al debido proceso en el procedimiento de expulsión en nuestro ordenamiento jurídico.

Vale la pena considerar para esta lectura, lo desarrollado a partir de la expulsión de migrantes en el capítulo 1 de esta parte y el estudio que estamos concluyendo referente al tratamiento y consagración del debido proceso desde sus orígenes, hasta su práctica en los tribunales más importantes de la nación, pasando revista a un elemento fundamental, a saber, el tratamiento de la Corte IDH en lo que respecta a este principio.

¹⁵⁶ NOGUEIRA A. Humberto. op cit. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 2 No. 1: p.126 y 127. Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2004.

PARTE III: La práctica de la Expulsión; el marco normativo y la opinión

de los Tribunales

1. Breve análisis normativo y jurisprudencial en la Región

A nivel regional es posible constatar que los procedimientos de expulsión de inmigrantes se rigen por procedimientos administrativos; así al menos consta de las leyes relacionadas con la materia de Argentina, Colombia, Ecuador, Perú y México, todos los cuales establecen a la expulsión como una sanción impuesta al ciudadano extranjero que ha incurrido en alguno de los preceptos normativos que las respectivas leyes disponen.

La diferencia estriba en la consagración, más acabada o menos, del debido proceso, lo que da luces para verificar el tratamiento que en general se le otorga a la materia en la Región y de la cual Chile no es una excepción, sino más bien sigue la regla, pues del estudio de la Ley de Extranjería del Perú¹⁵⁷ y Colombia¹⁵⁸ se colige una identidad asombrosa con el precepto consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Por contrapartida Argentina¹⁵⁹, Ecuador¹⁶⁰ y México¹⁶¹, algunos en mayor medida que otros, consagran una que otra garantía del debido proceso acercándose de gran manera a los estándares internacionales de protección de las garantías judiciales expresadas en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos.

De lo anterior destacan ciertos elementos de cada una de las legislaciones que regulan la materia, como la presencia de Tribunales que conocen de los asuntos migratorios, la vista de la causa de manera omnicompreensiva, tomando aquellos elementos que rodean la vida del inmigrante en el país que tramita su expulsión de modo que se le respeten sus derechos y los de sus familiares, además de la introducción de una fórmula –en el caso argentino- que resguarda las obligaciones laborales del empleador con el inmigrante, entre otras instituciones que dan cuenta de

¹⁵⁷ Decreto Supremo No. 703 del 5 de noviembre de 1991

¹⁵⁸ Ley No. 48 del 3 de noviembre de 1920.

¹⁵⁹ Ley de Migraciones No. 25.871, D.O. enero de 2004.

¹⁶⁰ Decreto Supremo No. 1899 de 27 de diciembre de 1971 que establece la Ley de Migraciones.

¹⁶¹ Reglamento de la Ley General de Población, del 14 de abril de 2000.

un progreso en la materia y que da señales positivas para la protección de los derechos humanos cuando se trata de llevar a cabo política migratorias basadas en el principio de la soberanía nacional con observancia de los preceptos internacionales.

Quizás el caso mexicano es digno de un análisis más detenido aun, pues cuenta con una legislación progresista e inclusiva que debiera servir de ejemplo para los países que aun descansan en legislaciones espurias respecto a la materia, ya que muchos países del continente, se encuentran a años luz de una ley de extranjería que incorpore lo que el derecho mexicano ha hecho suyo.

Los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la problemática migrante que lo aqueja, no tanto por la cantidad de personas que llegan a habitar su territorio sino por el sufrimiento de cientos de miles de ciudadanos mexicanos que son expulsados de USA ha tomado conciencia de lo relevante que resulta diseñar políticas respetuosas del DIDH con el objeto que otros países tomen conciencia de los sufrimientos que eventualmente pueden sufrir sus nacionales cuando no existe respeto a las garantías mínimas del debido proceso.

Los mexicanos, a partir de este escenario que viene afectando a su pueblo en la última década, en gran parte debido a la cercanía que tienen con una potencia como resulta de USA, han diseñado políticas migratorias que si bien utilizan la expulsión de inmigrante como una herramienta sancionatoria consagradas en el Capítulo VIII de la Ley, lo hacen a la luz de varias garantías del debido proceso, tal como lo muestran sus artículo 209 y ss., en el reglamento citado a pie de página donde se establece que:

Artículo 209.- Cuando se asegure al extranjero o extranjera en la estación migratoria en virtud de haber violado la Ley, este Reglamento o demás disposiciones aplicables que amerite su expulsión, se procederá de la siguiente forma:

- I. Se le practicará examen médico, mediante el cual se certificarán las condiciones psicofísicas del mismo;
- II. Se le permitirá comunicarse con la persona que solicite, vía telefónica o por cualquier otro medio de que se disponga;

- III.** Se notificará de inmediato a su representante consular acreditado en México, y en caso de no contar con pasaporte se solicitará la expedición de éste o del documento de identidad y viaje;
- IV.** Se levantará inventario de las pertenencias que traiga consigo, mismas que se depositarán en el área establecida para ello;
- V.** Se procederá a su declaración mediante acta administrativa y en presencia de dos testigos, haciéndole saber los hechos que se le imputan, su derecho a ofrecer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga; ello siempre y cuando la autoridad migratoria no lo hubiere declarado al momento de ser asegurado. En caso de ser necesario, se habilitará traductor para el desahogo de la diligencia.
Al momento de ser levantada el acta, se notificará al extranjero o extranjera el derecho que tiene a nombrar representante o persona de su confianza que lo asista durante la misma; el extranjero o extranjera tendrá acceso al expediente que sobre el particular se integre;
- VI.** Se le proporcionará durante su estancia un espacio digno, alimentos, enseres básicos para su aseo personal y atención médica en caso de ser necesario;
- VII.** Tendrá derecho a ser visitado durante su estancia por sus familiares, su representante o persona de su confianza;
- VIII.** Cuando se trate de aseguramiento de familias, se alojarán en la misma instalación y la autoridad permitirá la convivencia diaria, de conformidad con las disposiciones administrativas aplicables, y
- IX.** Al momento de ser autorizada la salida del extranjero o extranjera de la estación migratoria, se le devolverán todas las pertenencias que le hayan sido recogidas en su ingreso, excepto la documentación falsa que haya presentado.
De todo lo anterior, se asentará constancia en el expediente correspondiente.

Artículo 210.- La Secretaría, una vez cubiertos los requisitos de este Capítulo, resolverá lo conducente en un máximo de quince días hábiles, debiendo notificarlo al interesado, personalmente, a través de su representante legal, o por correo certificado con acuse de recibo; en este caso, se considerará la naturaleza y gravedad de la infracción para determinar la sanción a que la persona se haya hecho acreedora, debiendo siempre tomar en cuenta las circunstancias que hubieren concurrido, las pruebas que aporte el infractor y lo que manifieste al respecto.

Artículo 211.- Cuando en términos del artículo 125¹⁶² de la Ley se decrete la expulsión de un extranjero o extranjera del territorio nacional, se observará lo siguiente:

- I. La orden de expulsión se ejecutará de inmediato previa notificación personal; cuando por circunstancias ajenas a la autoridad migratoria no se pueda ejecutar la orden de expulsión, ésta podrá ampliar la temporalidad señalada, debiéndose fundar y motivar el acuerdo correspondiente, y
- II. Cuando un representante consular acreditado, un extranjero o extranjera con residencia legal, o un mexicano o mexicana lo solicite, el extranjero o extranjera podrá ser puesto bajo su custodia, siempre y cuando acredite los supuestos previstos en el artículo 153 de la Ley; la custodia tendrá vigencia en tanto no se ejecute la orden de expulsión correspondiente.

Artículo 212.- De conformidad con las circunstancias de cada caso, la autoridad podrá sustituir la orden de expulsión por un oficio de salida, siempre y cuando se acredite alguno de los siguientes supuestos:

¹⁶² Artículo 125: Al extranjero que incurra en las hipótesis previstas en los artículos 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127 y 138 de esta Ley, se le cancelará la calidad migratoria y será expulsado del país, sin perjuicio de que se le apliquen las penas establecidas en dichos preceptos.

- I. Que no se trate de un extranjero o extranjera que viole en forma reiterada la Ley;
- II. Que el extranjero o extranjera lo solicite de manera voluntaria, o
- III. Como consecuencia de un trámite migratorio.

Una vez cumplimentado el oficio de salida voluntaria, el extranjero podrá reingresar al país, previo cumplimiento de los requisitos que la autoridad migratoria determine.

Pasando al ámbito jurisprudencial en la región, el panorama que es posible percibir no es de los más auspiciosos, ya la Corte IDH sólo con motivo del pronunciamiento de la Medida Provisional de los ciudadanos haitianos y dominico haitianos en la República Dominicana con fechas de septiembre del 2000, noviembre del mismo año y mayo del 2001, se ha referido al problema de las expulsiones -colectivas- de inmigrantes, lo cual no se ha trasuntado en casos contenciosos relativos a la afectación de las garantías judiciales en procedimientos de expulsión, ya que éstos se han conocido exclusivamente en sede de la CIDH¹⁶³.

En consonancia con lo anterior, la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-16/99 resulta destacable, ya que con motivo de una consulta efectuada por los Estados Unidos Mexicanos donde solicita una opinión sobre “diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados [a]mericanos” relacionada con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte, impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad¹⁶⁴, desarrolla una rica jurisprudencia en orden a dar contenido y alcance a las normas del debido proceso en los procedimientos de

¹⁶³ CIDH, **Informe de Admisibilidad N° 37/01**, Caso 11.529, José Sánchez Guner Espinales y otros (Costa Rica), 22 de febrero de 2001. CIDH, **Informe de Admisibilidad N° 89/00**, Caso 11.495, Juan Ramón Chamorro Quiroz (Costa Rica), 5 de octubre de 2000. CIDH, **Informe N° 38/99**, Víctor Saldaño (Argentina), 11 de marzo de 1999. Ver más en <http://www.cidh.org/Migrantes/migrantes.jurisprudencia.htm>

¹⁶⁴ Corte IDH, OC-16/99, párr. 1.

expulsión. No obstante seguir siendo una Opinión de la Corte y no una sentencia recaída en un caso contencioso.

La consulta se enmarca dentro del contexto dispuesto por el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que algunos de sus nacionales, quienes no habrían sido informados oportunamente por el Estado receptor de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares mexicanas, habrían sido sentenciados a muerte en diez entidades federativas de los Estados Unidos de América.

En este sentido, la Opinión Consultiva OC-18/03, solicitada nuevamente por México, constituye una contribución a la profundización de la materia objeto de estudio, pues se pide que la Corte exprese sus ideas en torno a la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” con motivo de la especial condición de vulnerabilidad que ostentan este tipo de ciudadanos, haciéndolos blancos fáciles de violaciones, basados especialmente en criterios de discriminación, colocándolos en una posición desigual ante la ley en cuanto al goce y ejercicio de los derechos fundamentales.

Estos tres pronunciamientos de la Corte, constituyen el estudio más detallado acerca de esta materia en sede interamericana. Claramente no representan en términos reales el problema del respeto a las garantías judiciales en los procesos de expulsión, ya que miles de personas, todos los días, son expulsadas con inobservancia de dichos preceptos, y sin embargo no existe un caso contencioso en que se haya condenado a un Estado por este incumplimiento.

Las Opiniones Consultivas constituyen un importante paso para definir ciertos criterios al momento de resolver una controversia de esta naturaleza, pero adolecen de fuerza, ya que una sentencia resultaría muchísimo más ejemplificadora en orden a establecer con claridad el contenido y alcance del artículo 8 en relación al proceso administrativo seguido contra los inmigrantes.

El Tribunal Europeo y el Comité de Derechos Humanos poseen un tratamiento más amplio que el Interamericano, y en diversos casos contenciosos se han pronunciado acerca de las distintas garantías establecidas en procedimientos que tienen implicados a extranjeros, particularmente en lo referente al derecho a traductor o intérprete. Así por ejemplo ha dicho que si un acusado no comprende o no habla el idioma empleado en un tribunal, éste tiene el derecho a ser asistido por un intérprete provisto gratuitamente por el estado¹⁶⁵, consagra otro aspecto de los principios de la equidad y la igualdad de medios. En el *Caso Lagerblom vs. Suecia* se destacó que la asistencia del intérprete debe permitir al inculgado comprender el caso que se lleva en su contra y poder defenderse, especialmente gracias a la posibilidad de poner al tribunal en conocimiento de su propia versión de los hechos¹⁶⁶. El Comité de Derechos Humanos ha añadido que este derecho existe en todas las etapas del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales¹⁶⁷.

Queda claro que el tratamiento a nivel regional del debido proceso en la expulsión de inmigrantes ha sido escaso. Mientras que a nivel europeo, su tratamiento es muchísimo mayor, producto de su propia condición de continente desarrollado que es eminentemente receptor de inmigrantes venidos de todas partes del mundo lo que ha ocasionado en el último tiempo complejidades demográficas de importancia en la conducción de los países en el viejo continente.

Teniendo una idea de la manera en que se ha regulado el proceso de expulsión en diferentes países de la región, y en particular México, más los escasos pronunciamientos de la Corte IDH en materia de ciudadanos migrantes, a continuación revisaremos la normativa y jurisprudencia local en el procedimiento de expulsión, a objeto de dar una respuesta concreta en relación a si Chile cumple o no con los

¹⁶⁵ Cf. Rodríguez Rescia, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *Fix-Zamudio, Héctor, Liber Amicorum*, Vol. II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, p.1308 y *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, cit., regla 32.

¹⁶⁶ Cf. TEDH, *Lagerblom vs. Suecia*, Sentencia del 14 de enero de 2003, párr. 61.

¹⁶⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, párr. 40.

estándares del debido proceso impuestos por la Corte Interamericana en lo que a expulsión de inmigrantes se refiere.

2. Procedimiento de expulsión en Chile:

2.1.Marco Normativo

Imposible resulta dar tratamiento a la expulsión en Chile sin tomar en consideración la legislación existente que da contenido y alcance a su ejecución.

La primera ley de carácter migratorio se materializa el año 1850 con el objeto de permitir la llegada de colonos alemanes, como parte de la política de selección de inmigrantes. Muchos años después, bajo la dictadura acaecida en septiembre de 1973 con Augusto Pinochet al mando, se llevaron a cabo una serie de reformas relativas a la ley de 1850 que terminó con la dictación en 1975 del Decreto Ley No. 1.094, conocido convencionalmente como *Ley de Extranjería*, la cual se caracterizó por ser una ley de orientación policiaca –represiva- y de control cuyo principal objetivo radicaba en “impedir la entrada de elementos peligrosos o terroristas que amenazaran la estabilidad nacional imperante en la época” y de suma importancia para un régimen de facto¹⁶⁸. Esta ley, es lo más parecido a una política migratoria regresiva, dentro de las cuales destaca en la actualidad la reciente Directiva de Retorno de la Unión Europea implementada en diciembre de 2008.

Desde el retorno de la democracia el año 1990 a la fecha, sólo se ha procedido a modificar ciertos preceptos anticuados con el régimen democrático imperante que por circunstancias obvias se arrastraban desde la dictadura y que no hacían necesaria su vigencia en un Estado de Derecho como el actual. Lo anterior, lejos de ser un avance, constituye un estancamiento en la legislación migratoria pues Chile no cuenta hoy con una disposición legal sancionada por la entidad que por excelencia es llamada a hacerlo, cual es el Congreso, perpetuando una situación irregular y reñida con los

¹⁶⁸ STEFONI E., Carolina. “Representaciones Culturales y Estereotipos de la Migración Peruana en Chile. Informe final del concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe. Programa Regional de Becas CLACSO. En, JENSEN S., María Florencia, op cit.

compromisos internacionalmente adquiridos y que ya revisaremos con detención a propósito de las debidas garantías procesales.

En la actualidad, nuestro país cuenta con una vasta gama de disposiciones normativas que se relacionan de una u otra manera con los extranjeros, a saber: **Ley No. 19.581** del 01 de septiembre de 1998, que crea la categoría de ingreso de habitantes de zonas fronterizas, el mencionado **Decreto Ley No. 1.094** que establece normas sobre extranjeros creada en 1975, el **DFL No. 69** que crea el Departamento de Inmigración en el año 1953, **DS No. 597** que establece el Reglamento de Extranjería del Ministerio del Interior de 1984, el **DS No. 818** que delega en el Intendente regional atribuciones relativas al extranjero (medidas de expulsión) de 1983, **DS No. 2.043** que delega atribuciones para cambiar la condición jurídica de los extranjeros turistas en el país del año 1982, **DS No. 888** llamado a crear la Comisión Asesora sobre Migraciones de 1977, **DS No. 137** el cual otorga franquicias a los extranjeros que ingresen al país con visa de inmigrante del 11 de junio de 1966 y el **DS No. 5.142** del 29 de octubre del año 1960 que establece el texto refundido de las disposiciones legales sobre nacionalización de extranjeros¹⁶⁹.

Este varietipo de normas que afectan a los extranjeros vienen a acreditar la existencia de un política migratoria dispersa, que encuentra su fundamento y orientación en la ya citada *Ley de Extranjería* del año 1975 y que al amparo de esta Comisión asesora sobre las migraciones llamada a unificar y resguardar dichas políticas, ha intentado dar continuidad y coherencia al tratamiento que se le otorga al migrante en Chile. Cuestión, que a mi parecer, no ha sido satisfactoria.

Lo cierto es que en la actualidad, a través de la Ley No. 1.094 y sus disposiciones relacionadas, el extranjero residente en Chile puede ser expulsado a través de un decreto fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del(la) Presidente(a) de la República”, y en el que se reservarán al afectado los recursos

¹⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, Revisar en www.bcn.cl/leyes_temas/leyes_por_tema.2007-03-20.3420079934

administrativos y judiciales legalmente procedentes¹⁷⁰. El decreto se transcribirá a la Policía de Investigaciones de Chile para su ejecución.

De su conformidad o manifestación de voluntad, necesariamente se dejará expresa constancia bajo firma del afectado en el acta correspondiente. En este caso, la expulsión se llevará a efecto sin más trámite.

En virtud de lo establecido en la ley, se procede a dar traslado a los extranjeros sujetos a esta sanción por parte de la Policía de investigaciones de Chile, y en caso que ésta se encuentre impedida de actuar por no contar con unidades suficientes, se facultará a Carabineros de Chile para llevar adelante dicha diligencia. Inclusive, podrán tomar parte de este proceso las autoridades marítimas en los puertos de mar en que no existan las unidades adecuadas¹⁷¹. Lo anterior, con el objeto de poner a los extranjeros sujetos al decreto de expulsión, a disposición de las autoridades administrativas judiciales correspondientes a la brevedad para su posterior expulsión.

Además, dispone el artículo 86 de la Ley que *para hacer efectivo el cumplimiento de las medidas de expulsión previstas en este párrafo, el Intendente Regional o Gobernador Provincial de la jurisdicción en que se encontrare el extranjero afectado, tendrá facultad para disponer, en caso necesario, mediante decreto fundado, el **allanamiento de determinada propiedad particular**.*

Con el objeto de llevar una contabilidad y en pro de la transparencia y orden, el Ministerio del Interior llevará un rol de los extranjeros expulsados u obligados a abandonar el territorio nacional, y dará conocimiento de estas medidas al Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 88).

Consagra el artículo 89 el derecho que le cabe a toda persona de recurrir ante una decisión que afecte sus derechos humanos de cualquier manera, ya que se establece de manera expresa que *el extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar judicialmente por sí o por medio de algún miembro de su familia ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere*

¹⁷⁰ Ley No. 1.094, artículo 84.

¹⁷¹ Ley No. 1094, artículos 10 y 84.

tomado conocimiento de él. Junto a lo anterior, establece además que dicho recurso deberá ser fundado y la Corte Suprema procediendo breve y sumariamente fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación, o dentro del plazo que resultare de la aplicación de la tabla judicial de emplazamiento, si la notificación se efectúa en una ciudad distinta a la de Santiago (esto último se desprende del Reglamento de la Ley, artículo 174).

El mismo artículo 89, establece que una vez interpuesto el recurso, se suspenderá la ejecución de la orden de expulsión, y durante su tramitación el extranjero afectado permanecerá privado de su libertad en su establecimiento carcelario o en lugar que el Ministerio del Interior o Intendente determinen.

En tanto, el artículo 90 de la ley en conjunto al artículo 174 del Reglamento, disponen que *la medida de expulsión deberá ser notificada por escrito y personalmente al afectado, por la misma autoridad policial, bajo su firma e indicarse fecha y hora de la misma. El afectado podrá en dicho acto, si ello fuere procedente, manifestar su intención de recurrir en contra de la medida o conformarse con ella.*

Finalmente, transcurrido el plazo de 24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el de no ser éste procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado el recurso interpuesto, la Dirección General de Investigaciones o Carabineros en su defecto, procederá a cumplir la expulsión ordenada.

Dispone el artículo 176 del Reglamento que para hacer efectivas las medidas contempladas, se podrá someter al afectado a las restricciones y privaciones de su libertad que sean estrictamente necesarias para dar cumplimiento de aquellas.

En síntesis, el procedimiento de expulsión en Chile opera mediante un Decreto, el cual es suscrito por un Ministro de Estado por orden del (la) Presidente(a) de la República y que en determinados casos puede ser reconducido al Intendente Regional en virtud del Decreto No. 818 que entró en vigencia el 8 de septiembre de 1983 correspondiente al Ministerio del Interior, que delega ciertas atribuciones a dichas

autoridades regionales para llevar a cabo la expulsión de los extranjeros bajo determinados supuestos (contemplados en el artículo 1 del DS).

2.2.El proceso de expulsión en la práctica

El Decreto Ley 1.094 dispone un título especial relativo a las infracciones, sanciones y recursos, los cuales se encuentran consagrados en los artículos 69 y siguientes de dicho cuerpo normativo. Junto con lo anterior, en los artículos 15, 16 y 17 del mismo, se disponen prohibiciones de ingreso y permanencia, que también tienen aparejada una sanción que suele ser la expulsión del país debido a la gravedad de la falta.

Fundado en algunas de las causas contenidas en las disposiciones normativas precedentes, la autoridad (Ministerio del Interior, Intendencia Regional o Gobernación Provincial) dispone mediante Decreto Supremo (cuando corresponde al Ministerio del Interior) o a través de Resolución Exenta (cuando corresponda a la Intendencia o Gobernación) la expulsión del extranjero avecindado en Chile, la cual se procederá a notificar válidamente por efectivos de la Policía de Investigaciones que se encuentran especialmente mandatados para esta labor y quienes son los únicos que cuentan con la facultad de extender la Resolución o Decreto.

Siendo notificado el ciudadano extranjero de su expulsión, contará con un plazo de 24 hrs. Desde la hora exacta en que se le extendió el Decreto Supremo, para reclamar ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, lo que podrá llevarse a cabo también por un familiar a su nombre, ya que en la mayoría de los casos se encontrará privado de libertad mientras se resuelve su situación migratoria.

Transcurrido el plazo establecido, sin haber sido interpuesto recurso alguno, el extranjero es conducido por efectivos de la Policía de Investigaciones a un paso fronterizo habilitado o bien a un terminal de entrada y salida del país para ser “devuelto” a su país de origen.

Interpuesto el recurso, la Corte Suprema tendrá que resolver si mantiene firme el Decreto que ordena la expulsión o procede a revocarlo, en un plazo que no puede sobrepasar los cinco días hábiles desde que ingresa al máximo tribunal. Si rechaza el recurso, se procede en los mismo términos que lo expresado en el párrafo anterior, en cambio si acoge el recurso, el Ministerio del Interior, vía autoridad migratoria, deberá acatar la medida quedando el extranjero habilitado para continuar residiendo en nuestro país de manera legítima.

La situación se complejiza cuando la expulsión se contiene en una Resolución de la Intendencia, puesto que para este caso no existe un recurso especial que permita revocar la medida administrativa, por lo cual se deberá agotar la vía administrativa o bien concurrir a una Corte de Apelación competente, vía Acción de Protección o Amparo, según se encuentre o no privado de libertad, para impugnar la medida. En este caso, el proceso puede tardar meses en resolverse e incluso años, tiempo durante el cual el ciudadano extranjero queda en la más completa indefensión.

3. Debido Proceso en la Expulsión de inmigrantes en Chile

3.1. Inobservancia del Debido Proceso en el procedimiento de expulsión

Luego de llevar a cabo un estudio exhaustivo del Decreto Ley 1.094 que rige la entrada, permanencia y egreso de los ciudadanos migrantes en nuestro país contrastado con lo establecido por la Corte IDH en relación al debido proceso, podemos extraer algunos elementos críticos que dan cuenta del incumplimiento de las garantías judiciales mínimas que deben rodear un procedimiento que determina derechos de las personas.

En este entendido podemos apreciar que la legislación y procedimiento de expulsión posee los siguientes déficits:

1. Las infracciones para sancionar a los migrantes están contenidas en un catálogo amplio y vago;

2. La administración se arroga facultades de policía y de la judicatura;
3. Hay escaso control de legalidad por parte de la Contraloría;
4. Inobservancia del control judicial de las detenciones;
5. Imposibilidad de acceder a la justicia en caso de no contar con familiares residiendo en Chile;
6. Imposibilidad de contar con un defensor de oficio;
7. Inexistencia de un intérprete en caso que sea necesario;
8. Inexistencia de asistencia consular;
9. Y finalmente, el escaso plazo de preparación de una defensa que se trasunta en la ineficacia de los recursos judiciales y administrativos interpuestos por los afectados. Este último punto será objeto de tratamiento en un apartado especial dada su importancia.

En primer lugar, el catálogo de infracciones contenidas en la Ley resulta vago, lo que genera una distorsión en la aplicación práctica de las sanciones, ya que otorga un margen de discrecionalidad a la autoridad que no le permite aplicar sanciones proporcionales a las faltas cometidas, transformándose la expulsión en la Regla General.

Lo anterior puede verse reflejado en una práctica habitual del Dpto. de Extranjería y Migración, dependiente del Ministerio del Interior, que sistemáticamente dispone la expulsión de personas que cometieron delitos en su país de origen, y que aun encontrándose prescrito, son sancionados. No importará si en el tiempo que ha residido en Chile ha mantenido una conducta ejemplar, se ha encontrado trabajando regularmente, ha construido una familia, etc. Lo cierto es que amparado en el artículo 15 Nos. 1, 2, 3 y 4¹⁷² en relación al artículo 17¹⁷³ las autoridades nacionales disponen de inmediato su expulsión.

¹⁷² Artículo 15.- Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros: 1.- Los que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un

En segundo lugar, es posible apreciar que la Ley le otorga facultades propias de quienes investigan en sede penal (como serían los fiscales del Ministerio Público) a los Intendentes y Gobernadores, toda vez que se les autoriza para allanar la propiedad del extranjero objeto del decreto de expulsión¹⁷⁴, lo cual, según se desprende de la ley, se lleva a cabo sin la autorización o consulta previa de una entidad judicial, mandatada por antonomasia para decretar medidas invasivas de este tipo.

Con todo esto, se incurre en la posibilidad cierta de que funcionarios administrativos, con desconocimiento absoluto de las garantías procesales, lleven a cabo diligencias propias de los órganos investidos por la ley para llevar adelante la persecución penal, como es el Ministerio Público en conjunto con las Policías. Sin embargo, la *Ley de Extranjería* pasa por alto esta situación sin si quiera disponer de un órgano jurisdiccional que vele por el desarrollo legítimo de dichas atribuciones que *per se*, constituyen una afectación de los derechos fundamentales de las personas, como la inviolabilidad del hogar y la libertad personal, más las garantías procesales.

Otra falencia que asoma a partir del estudio del Decreto Ley, se genera a partir de la escasa participación de la Contraloría en el procedimiento administrativo que concluye con el decreto o resolución que ordena la expulsión. Resulta que siendo un proceso eminentemente administrativo, en determinados casos expresados en la Ley, no se tendrá en consideración la opinión de la Contraloría para la ejecución del decreto, ya que se excluye del trámite de la toma de razón¹⁷⁵ a ciertos supuestos, por lo cual no existe ni siquiera un control de legalidad en sede administrativa.

peligro para el Estado; 2.- Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, a la trata de blancas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres; 3.- Los condenados o actualmente procesados por delitos comunes que la ley chilena califique de crímenes y los prófugos de la justicia por delitos no políticos; 4.- Los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social;

¹⁷³ Artículo 17.- Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional

¹⁷⁴ Artículo 86 Decreto Ley 1.094

¹⁷⁵ Artículo 84 Decreto Ley 1.094

Conforme a lo anterior, el proceso de expulsión se sustanciará en la mayoría de los casos con la decisión absolutamente discrecional del Ministro de Estado o Intendente Regional, autoridades por lo demás pertenecientes al Poder Ejecutivo, que carecen por completo de competencia en materias de orden judicial ya que existe un Poder llamado a conocer y resolver las situaciones que afecten cualquier tipo de derecho, a saber, el Poder Judicial, el cual sólo podrá entrar en conocimiento del asunto si es que el ciudadano extranjero interpone (por sí o a través de un familiar) dentro de un plazo reducido (24 hrs.), un recurso ante la Corte Suprema de Justicia, que por lo demás debe ser fundado y que sólo cabe para impugnar los decretos supremos de expulsión, pero no las resoluciones de la Intendencia que ordenen la misma.

En cuarto lugar, vemos que a partir de las atribuciones que otorga el Decreto Ley, una persona podría ser privada de libertad sin un control judicial que verifique la legalidad de la misma ni revise el hecho de su permanencia en el cuartel que disponga la Policía de Investigaciones. Por lo tanto, el ciudadano objeto de un decreto o resolución que ordena su expulsión se encontrará privado de libertad mientras se resuelva su permanencia en los Tribunales Superiores, sin tener durante ese período un control judicial que dé cuenta de la legalidad de su detención y posterior privación de libertad.

Esta situación va en una dirección diametralmente opuesta a lo señalado por la Jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁷⁶ a partir de lo dispuesto en el artículo 7 Nos 5 y 6¹⁷⁷ de la Convención Americana, la cual se encuentra ratificada por el Estado

¹⁷⁶ Corte IDH. *Caso Servellón García y Otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Párr. 86 y ss; *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. párr. 124; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. párr. 86; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. párr. 101. *Caso de las Masacres de Ituango*, párr. 149; *Caso López Álvarez*, párr. 58; y *Caso Masacre de Pueblo Bello*, párr. 108. *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, párr. 105; y *Caso Palamara Iribarne*, párr. 198 y ss.

¹⁷⁷ Artículo 7 inc. 5: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Inc. 6: Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o un tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido o abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

de Chile. Es más, el Código Procesal Penal (chileno) en su artículo 95, refuerza esta la idea de que *toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare*. No obstante establecer el artículo 95 de este cuerpo normativo la garantía del control judicial de la privación de libertad, cuando en la práctica se han interpuesto amparos ante el Juez de Garantía por la detención y privación de un ciudadano migrante, estos tribunales se han declarado incompetentes para conocer.

Otro elemento que atender dice relación con la posibilidad de que el ciudadano extranjero detenido y notificado del Decreto de Expulsión, no tenga familia en Chile, por lo cual le resultará imposible recurrir ante la Corte Suprema, en el entendido que los legitimados activos para deducir dicha acción son el afectado o un familiar de éste, generando un atentado al derecho de acceso a la justicia que le cabe a todas las personas que se encuentran en nuestro país, pero que suele pasarse por alto a propósito de los ciudadano inmigrantes.

Tampoco encontramos en la ley, la existencia de un defensor de oficio que asista al extranjero cuando se ve ante la situación inminente de ser expulsado del país. No existen en Chile especialistas en materia migratoria que puedan sustanciar una defensa adecuada cuando el extranjero se encuentra expuesto a esta sanción. El Estado, aun cuando proporciona información a través de sus funcionarios en el Dpto. de Extranjería, ésta es muchas veces vaga e imprecisa e incluso contradictoria.

Los abogados del Dpto. de Extranjería del Ministerio del Interior atienden consultas y verifican el estatus migratorio de las personas, pero no brindan defensa. Para ello el Estado se vale de la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, que proporciona asesoría en esta materia, pero que muchas veces no puede llevar adelante una adecuada representación judicial por la ignorancia del patrocinado (migrante) y la escasa colaboración que prestan los mismos funcionarios de las policías y de Extranjería, lo que impide entrar en conocimiento de la expulsión y la notificación del decreto.

Sin si quiere contar con un defensor de oficio, la remota posibilidad de contar con un traductor se trasforma en una utopía.

Chile, al ser un país que recibe en su mayoría extranjeros provenientes de la región que hablan el mismo idioma, no refleja el problema en su real magnitud. Pero lo cierto, es que la ley no hace mención a la posibilidad de brindar traducción a un extranjero para llevar adelante sus descargos ante la autoridad administrativa o judicial.

Resulta indispensable que el acusado, en este caso el extranjero infractor, debe estar en situación de entender de qué se le acusa, o porqué se le sanciona. De lo contrario, podríamos vernos en el escenario de que un extranjero que no entiende el castellano, sea notificado de la expulsión sin comprender el plazo que le asiste para impetrar los recursos que la ley le franquea, generando así una situación de desprotección y completa indefensión.

Finalmente, el numeral 8 mencionado al iniciar este apartado, se refiere al derecho que le asiste al afectado de ser informado sobre la asistencia consular, aun cuando no se encuentra contenido expresamente como parte integrante del artículo 8 de la Convención, es considerado por la doctrina como un elemento indispensable para acceder a una buena defensa, lo cual puede colegirse de una correcta interpretación de la norma general contenida en el mismo artículo 8 del Pacto.

La Corte IDH, en un esfuerzo por proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, ha señalado a propósito de la Opinión Consultiva 16/99 relativa al derecho de información de la asistencia consular, que la información proporcionada al extranjero permite que adquiera eficacia el debido proceso legal del artículo 14 del Pacto Internacional, por lo que el Estado se verá en la obligación de proveer esa información y su incumplimiento constituirá una violación del debido proceso que acarreará la responsabilidad internacional del Estado¹⁷⁸.

Habiendo tratado la ley que rige el proceso de expulsión en Chile y constatado el hecho de su incumplimiento total a lo establecido en la Convención Americana y las disposiciones que rigen la persecución y sanción penal en nuestro país, nos

¹⁷⁸ Corte IDH, OC -16/99, párr. 146.7

detendremos en un elemento esencial del acceso a la justicia, cual es, la posibilidad real que existe hoy en nuestro país de que los mecanismo de impugnación de las decisiones de autoridad en esta materia, específicamente el Recurso de Reclamación contenido en el artículo 89 del DL 1.094, resulte efectivo para hacer frente a los actos de autoridad que disponen de la expulsión.

3.2.[In]eficacia de los mecanismos de impugnación

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido clara al referirse sobre la eficacia de un recurso judicial. Es así como desde sus inicios en el mismo caso Velásquez Rodríguez ésta ha explicado el sentido de la palabra “efectivo”, toda vez que el recurso deberá “ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido¹⁷⁹”, lo que no quiere decir que deba ser acogido necesariamente, pero sí al menos tener una posibilidad seria prosperar.

En este sentido, “para la Corte IDH la efectividad tiene que ver con su capacidad potencial, en el hecho y en el derecho, de producir el resultado que se requiere para proteger el derecho¹⁸⁰”, toda vez que de acuerdo a la Opinión Consultiva 9/87, “para que el recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la leyes, ni que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarlo¹⁸¹”.

El máximo Tribunal del País, ha conocido variados casos relacionados con la Ley 1.094 desde su implementación el año 1975. Sin embargo, y aun estableciéndose expresamente en su artículo 89º la facultad que le cabe al extranjero sujeto a un decreto de expulsión de reclamar ante la Corte Suprema por sí o por intermedio de un familiar de las razones que generan la resolución del Ministerio del Interior por orden del Presidente de la República, ejecutada a través del Intendente, ésta ha resultado ilusa en la práctica toda vez que de un estudio pormenorizado de la jurisprudencia que

¹⁷⁹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 66

¹⁸⁰ MEDINA, C. op. cit. P. 373

¹⁸¹ OC – 9/87, párr. 24.

a este respecto ha emanado del Excelentísimo Tribunal, a la fecha hemos encontrado sólo un caso en que se revocó el decreto de expulsión por esta vía, correspondiente a la **causa ROL 6733-2010**, en favor del ciudadano peruano César Aníbal Apolinar Becerra patrocinada por la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, y que resultó favorable en virtud de la situación familiar del sujeto activo de la acción ya que tenía hijos en Chile, uno de los cuales era de nacionalidad chilena, pareja y otros familiares residiendo con permanencia definitiva, lo que fue decisorio al momento de efectuarse el pronunciamiento de los Magistrados, que en todo caso fue resuelto en una estrecha votación.

Dicho lo anterior, podemos afirmar con propiedad que el Recurso Especial de Reclamación contenido en el artículo 89 del Decreto Ley 1.094, resulta ineficaz para hacer frente a las resoluciones administrativas que ordenan la expulsión de ciudadanos extranjeros siendo además contrario a las garantías que el debido proceso establece, ya que su interposición adolece del establecimiento de parámetros objetivos que den la posibilidad cierta de manifestar por medio del recurso los fundamentos de hecho y de derecho que permitan una eventual reconsideración por parte de la Corte del decreto emitido por la autoridad administrativa.

El tiempo para acudir a la sede judicial es escaso y constituye un atentado contra la posibilidad de defenderse de manera adecuada respecto de las consecuencias que trae consigo el decreto de expulsión. En este sentido, en una decisión relativa a la expulsión de tres misioneros de un país después de un procedimiento sumario en el caso conocido por la Comisión Interamericana *Riebe Starr contra México*, ésta concluyó que se les había privado del derecho a ser asistidos por un defensor, del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulaban y, en consecuencia, para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo razonable para preparar sus alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas¹⁸².

¹⁸² CIDH, *caso Riebe Starr c. México*, párrs. 59-60, 1990 en, O'DONNELL, Daniel, op.cit. p. 367.

La Corte Suprema, en sus resoluciones ha efectuado el siguiente análisis al momento de resolver sobre la permanencia o expulsión de un ciudadano inmigrante:

“(…) por lo que la resolución impugnada de expulsión ha sido dictada por la autoridad respectiva, en uso de sus atribuciones y en un caso en que la normativa vigente contempla tal medida, por lo que su reclamo no puede acogerse”¹⁸³.

Por lo tanto, luego de analizar si la autoridad decretó el recurso basado en los preceptos legales de la Ley, y encuadrando los hechos en dichos preceptos, el ciudadano se encuentra condenado por una autoridad administrativa a su eventual expulsión, ya que el examen efectuado por la Corte Suprema en ningún momento toma en consideración otros elementos y derechos que tienen la categoría de fundamentales, pues como se desprende de uno de los casos estudiados, no se consideraron los derechos del niño en tanto su padre iba a ser expulsado del país por encuadrar con uno de los requisitos –muy amplios por lo demás- que establecía la ley para fundar el decreto.

En virtud de lo anterior, puede sostenerse con certeza, que en Chile no existe un proceso de expulsión de inmigrantes que guarde relación con las garantías mínimas que deben resguardar la sustanciación de cualquier procedimiento que de alguna u otra manera determine derechos fundamentales. Además, la cita da muestras de la falta de razonamiento que detenta un fallo del máximo Tribunal de la República, lo que a juicio de la profesora Medina¹⁸⁴, aun cuando no se establece como un requisito del debido proceso en el artículo 8.1 de la Convención, implicaría la anulación de las debidas garantías, impidiendo a las partes fundamentar sus recursos, lo que en todo caso no sería posible aquí ya que el pronunciamiento de la Corte Suprema es inapelable.

Es más, la legislación en la materia es roñosa, regresiva y se enmarca dentro de una política migratoria restrictiva, es decir, no ha incorporado de manera integral los

¹⁸³ Corte Suprema de Justicia, Rol No. 5989-05, de 27 de diciembre de 2005.

¹⁸⁴ Ver MEDINA, C. op cit. p. 317. Año 2003.

elementos jurídicos que ha ido aportando la jurisprudencia internacional en la materia y de la que se han hecho eco ciertos cuerpos normativos locales como el Código Procesal Penal por mencionar el de mayor uso práctico en aspectos donde la libertad, la integridad y el derecho a ser sancionado por un proceso previo y justo se ponen en juego día a día. Además resulta regresiva en tanto utiliza a la expulsión como una herramienta de doble sanción ya que no sólo se le expulsa al extranjero sino que también se le prohíbe el retorno al territorio jurisdiccional chileno.

En este sentido, vale la pena entrar al análisis de un elemento que puede resultar iluminador y que genera aún más dudas respecto de la legalidad que ostenta el procedimiento de expulsión de inmigrantes, y que se refiere a las facultades de la administración para limitar derechos, función que originalmente ostenta el poder judicial, pero que en cuanto a migrantes se refiere, detenta la administración.

Urge saber si las 2.622 expulsiones efectuadas el año 2006, 2.330 el 2007, 2.349 expulsiones el 2008¹⁸⁵, 2012 el año 2009 y 2223 llevadas a cabo hasta el 20 de diciembre del año 2010¹⁸⁶, se sustanciaron en cumplimiento con las debidas garantías que la ley debe otorgar cuando una persona es limitada en el ejercicio de sus derechos fundamentales en el marco de un proceso. Nos parece *a priori*, que las garantías del artículo 8 del Pacto no han sido explicitadas en la ley nacional. En cambio, pareciera más bien que no hay nada de lo contenido en dicho cuerpo normativo que pueda asemejarse si quiera a los requisitos construidos en la extensa jurisprudencia internacional, por lo que tendemos a pensar que nuestra presunción es en gran parte correcta, y por tanto Chile contrariaría sus obligaciones en lo que a expulsión de inmigrantes se refiere.

De los datos anteriormente expuestos y efectuadas las consultas a la entidad estatal que resuelve las reclamaciones en sede administrativa, el resultado no es

¹⁸⁵ Datos proporcionados por el Asesor de Estudios del Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior, Sr. Claudio Muñoz, al 21 de agosto de 2009. Minuta que adjuntaremos al epílogo del trabajo.

¹⁸⁶ Información de los años 2009 y 2010 proporcionada por la Subsecretaría del Interior vía acceso a la información pública, Solicitud No. AB001W 0000370, Oficio No. 219 del 04 de enero de 2011.

mucho más alentador que el apreciado a propósito de las resoluciones de la Excma. Corte Suprema.

En Chile, durante los años 2009 y 2010 se expulsaron 4.235 ciudadanos de nacionalidad extranjera, fundado principalmente en cinco motivos, a saber:

- i. Ingreso Clandestino eludiendo control policial
- ii. Ingreso clandestino y tráfico de drogas
- iii. Tráfico de drogas
- iv. Tráfico de drogas y turista irregular
- v. Violación convenio Arica-Tacna

De acuerdo a la información proporcionada por la Subsecretaría del Interior, se interpusieron 620 reclamaciones administrativas el año 2009 y 612 el 2010, siendo resueltas favorablemente un porcentaje cercano al 10% de las mismas, de acuerdo a una proyección obtenida mediante los datos proporcionados por las distintas Intendencias Regionales del país, lo que pone de manifiesto la debilidad de los mecanismos impugnatorios en sede administrativa para revocar los decretos y resoluciones de expulsión.

Ante un escenario como el que hemos descrito en este apartado, la conclusión resulta obvia. En Chile no existen mecanismos de impugnación viables para revocar un decreto que ordene la expulsión de un ciudadano extranjero que sea idóneo. El tiempo de interposición es escaso; sus resultados son pobres; y los tribunales desoyen aspectos jurídicos fundamentales que se ven vulnerados con estas decisiones de autoridad, como resulta de la afectación que genera en los niños y la familia de quienes se ven expuestos a esta sanción.

Finalmente, vale hacer presente que lo dicho hasta acá a propósito del incumplimiento del Estado chileno en orden a resguardar las debidas garantías de un proceso, es aplicable en su totalidad a la sustanciación de procedimientos administrativos.

Esto encuentra fundamento una vez más en la Corte IDH, a partir del voto razonado del Juez García Ramírez en el caso *Claude Reyes*, donde pone de manifiesto que “si el destinatario de la tutela que ofrece la Convención y el aplicador de ésta se detienen en la letra de las expresiones, conforme fueron escritas hace varias décadas, limitará la expectativa de protección --aquél-- y la posibilidad de otorgarla --éste-- a los supuestos de juicio formal seguido ante los órganos judiciales. En efecto, el artículo 8º alude a garantías “judiciales”, y en seguida se refiere a un “juez o tribunal”. Sin embargo, este alcance limitado sería notoriamente insuficiente, hoy día, para alcanzar los objetivos que se ha propuesto el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si las garantías provistas por el artículo 8º, que gobierna los más relevantes asuntos de la tutela procesal, se contrajeran al desempeño de los órganos judiciales, quedaría en desamparo la definición de derechos y libertades que se realiza por otras vías, formalmente distintas de la judicial, pero materialmente cercanas a ésta en cuanto sirven al mismo fin: definir derechos y fijar deberes”¹⁸⁷.

Por ello, constituye un derecho humano el obtener las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber, ya que el debido procesos legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que obran en virtud de la soberanía nacional o que las garantías contenidas en el artículo 8º de la CADH no se aplicarían a procedimientos de orden disciplinario sino que sólo en sede penal. Esta interpretación equivaldría a dejar a la libre voluntad de los Estados la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso¹⁸⁸.

En definitiva, no resultará posible justificar el déficit garantista de la Ley de Extranjería en el supuesto que corresponde a un procedimiento administrativo y por tanto, no subsumible a lo dispuesto en relación a las garantías judiciales que toda persona debe ostentar al momento de enfrentarse ante una autoridad que limite en cierta manera el ejercicio de sus derechos humanos, adoleciendo su implementación

¹⁸⁷ GARCÍA R., Sergio, Voto razonado para la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, del 19 de septiembre de 2006.

¹⁸⁸ Corte IDH, *caso Baena Ricardo vs. Panamá*, (fondo), párrs. 124, 126 y 128.

de todo fundamento, pues como hemos apreciado *in extenso* a propósito del concepto acuñado por la Corte IDH, todos los procesos, sean civiles, penales, administrativos, electorales, etc., deben ser seguidos en estrecho cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8º de la CADH, situación que no concurre en la especie al momento de llevar a cabo la expulsión de un ciudadano inmigrante sea por la razón que sea.

4. Aspectos a considerar para un cambio en la legislación

A continuación, presentaremos aquellos elementos que nos parecen indispensables tomar en cuenta al momento de generar propuestas para una nueva reglamentación del procedimiento que en la actualidad regula la expulsión de inmigrantes en Chile.

La Corte ha sido enfática en su jurisprudencia acerca de la consagración del debido proceso como el “derecho de defensa procesal”¹⁸⁹, identificando el debido proceso con el contenido del artículo 8 de la Convención Americana, el que debe ser interpretado de manera amplia¹⁹⁰. Es decir, su interpretación debe apoyarse tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu, y con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno¹⁹¹.

¹⁸⁹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo*. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74. La Corte IDH refiriéndose al artículo 8 de la Convención Americana sobre DH dijo: “... que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal...”

¹⁹⁰ Corte IDH. *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de abril de 2005, párr. 58; *Caso Durand y Ugarte*, párr. 128; *Caso Blake*, párr. 96: “96. Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”.

¹⁹¹ Corte IDH. *Caso Blake*, sentencia de marzo de 1998, párr. 96. “96. Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y

El procedimiento debe enmarcarse dentro de una instancia que constituya un sistema de defensa verdadera y eficiente que batalle por los derechos del imputado garantizando su independencia, suficiencia, competencia, gratuidad, plenitud y oportunidad, y proveer los medios para que la haya¹⁹².

Es menester contar con un aparato institucional que se dedique al fenómeno migratorio en toda su esfera, desde el control de ingreso y egreso, hasta la existencia de infraestructura que garantice los derechos de los extranjeros detenidos y tribunales de justicia que tengan competencia en materias de extranjería, de modo que no sea un agente de la administración, como el Intendente, quien ordena la expulsión sin un debido control por parte de la judicatura.

Para ello se necesita una dotación policial especializada, que cuente con una formación integral para enfrentar casos de aprehensiones de ciudadanos inmigrantes velando por el debido respeto que éstos deben tener. Hoy puede ser que el idioma no constituya un escollo significativo para el procedimiento, pero en vías de una apertura cada vez más profunda de la sociedad oriental y occidental, en algún momento se requerirá además una atención especial a este aspecto el cual se encuentra retratado fielmente en la CADH y que ha tenido un extenso estudio por parte de la doctrina.

Una formación jurídica que tenga énfasis en la preparación del personal dedicado a la materia se hace indispensable, ya que de lo contrario se actuará sobre una base formal que muchas veces pasa a ser letra muerta cuando los ejecutores de los procedimientos desconocen las implicancias de sus actos. Es justamente a propósito de este tipo de desconocimiento de los funcionarios públicos, que la Corte IDH en su reciente jurisprudencia ha incorporado dentro del acápite de las reparaciones, la necesidad de que los Estados proporcionen cursos de educación y capacitación a

garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.”

¹⁹² Corte IDH, *Caso Tibi*, cit., voto concurrente razonado juez García Ramírez, párrs. 48 y 49.

quienes se desempeñan en el aparato público y están inmersos en algunas de las áreas que puedan tener relación con la afectación de los derechos humanos¹⁹³.

Presumimos además, que hay un cierto desconocimiento por parte de los magistrados de la Excma. Corte Suprema en lo referente a los cuerpos normativos que rigen a la Región, y las opiniones de la Corte IDH en esta materia, pues de la jurisprudencia del primero, no se colige un análisis de dichas normas.

Dado lo anterior, será indispensable preguntarse entonces, qué justicia queremos construir; qué estado deseamos consolidar y qué costos vamos a asumir en definitiva. Si estamos o no dispuestos a cumplir las normas internacionales que nos hemos obligado a respetar de manera voluntaria, y en caso que no tengamos la capacidad logística para concretarlas, cómo podemos al menos en la forma, dar garantías suficientes para que el procedimiento sea distinto a lo existente.

Para lo anterior, creemos que se requiere voluntad, trabajo y un cierto grado de empatía, pues bien, qué ha pasado con México por ejemplo, que tiene una legislación de primer nivel en la materia. Ha tenido que sufrir el karma de ser una nación exportadora de migrantes para llevar a cabo actos que conduzcan al respeto de los derechos humanos en su ordenamiento jurídico interno. Ha sido promotor de las dos consultas efectuadas a la Corte para que justamente se limiten las violaciones de las que son objeto sus nacionales en el país vecino del norte. Ha puesto la voz de alerta en el continente a partir del propio sufrimiento que ha debido soportar. Contestes de lo anterior, consideramos no tener que llegar a ese extremo para corregir la ley.

Es por todo esto que asoma como indispensable llevar adelante cambios de relevancia, no sólo a nivel legislativo sino que a nivel Constitucional. Urge avanzar en un concepto de debido proceso acorde a los requerimientos actuales. Erigido como la piedra angular del respeto al Estado de Derecho, de su observancia se siguen el de todas las demás normas. Principio en tanto ostenta funciones que lo amplían y de los cuales se desprenden nuevas formas de encarar los distintos procesos en las distintas

¹⁹³ A modo de ejemplo, véase *Caso Rosendo Cantú*; *Caso Reverón Trujillo*; *Caso Campo Algodonero*; *Caso Gomez Lund*; *Caso Anzualdo Castro*.

sedes del derecho, ya que opera como informador del procedimiento y guía en la construcción de nuevas pautas de persecución por parte del aparato estatal.

Entendemos que su consagración debiese tomar en consideración el principio de legalidad y todas aquellas disposiciones que lo complementan. Por tanto una buena manera de acercarse a ello sería guiarse bajo lo estatuido en la CADH, el Convenio Europeo y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos para arribar a un texto que sea consagrado en el capítulo relativo a los Derechos Fundamentales de nuestra carta fundamental.

De lo anterior, se deriva la urgente modificación del Decreto Ley que nos rige en la actualidad, sobre el que no caben más apelativos para destacar su improcedencia en un Estado de Derecho respetuoso de los DDHH. Ya que no sólo resulta pobre en su regulación acerca de la expulsión, sino que es contrario a los TTII ratificados por Chile.

Cambiar la ley implica derogar la existente por un nuevo cuerpo normativo, sancionado y elaborado por el Congreso de la Nación, que se encamine a respetar los derechos de un grupo especialmente vulnerable, que tal como decía la Corte, es blanco de violaciones por su carácter de indefensión, pues muchas veces su estatus migratorio es irregular y por tanto no tienen las posibilidad de acceder en igualdad a los servicios básicos, como la salud, educación y la justicia.

CONCLUSIONES

Este trabajo, y tal como lo expresé al comenzar, no pretende transformarse en una crítica destructiva de la legislación y la práctica jurisprudencial en el orden local, muy por el contrario, intenta a partir de la constatación empírica, ofrecer algunas luces para mantener un cumplimiento de las obligaciones internacionales que hemos asegurado respetar.

Entendimos que no existe tal respeto en lo que a procedimiento de expulsión de inmigrantes se refiere, y entendemos también que nuestro país, como todos, tiene cuestiones muchísimo más urgentes a las cuales hacer frente, a saber; la condición de las cárceles, el conflicto indígena, la reforma al Sename, una cobertura de salud completa y eficiente, una educación de calidad, entre otras tantas cosas que se van sumando a la agenda y que no permiten ver más allá de la coyuntura política que atrapa a las políticas públicas de largo aliento en pasillos y conferencias de prensa, dando paso a un nuevo oficio con un grado de *expertís* notable convirtiéndonos en expertos improvisadores de políticas públicas *ad hoc*.

Sin embargo, no podemos pasarnos la vida solucionando las cosas cuando estas colapsan o están a punto de hacerlo. De una vez por todas se hace necesario prevenir con la suficiente antelación cuestiones conflictivas para el futuro y que los países de la Región han enfrentado de distinta manera, pero que muestra luces respecto de una evolución positiva en algunos de los casos que hemos observado.

Al inicio, hablé de lo importante que resulta hacerse cargo de los problemas actuales aun cuando dichos problemas no estén afectándonos de manera directa. Discurrí acerca de la historia reciente de nuestro país y la compleja situación de los DDHH en la dictadura militar, el desarrollo de la jurisprudencia en esta materia por hechos violatorios de los mismos y la conciencia que cada chileno y chilena ha tomado a partir del traumático golpe de estado del 11 de septiembre de 1973 con sus causas y consecuencias.

Sin embargo, los DDHH no se agotan en las aberrantes violaciones cometidas tanto en Chile como en resto de América Latina y el Caribe durante las décadas del 70, 80 y 90, que se refieren principalmente a desapariciones forzadas, restricciones a la

libertad personal, asesinatos, secuestros, masacres, censura, restricción a la libre circulación, etc., el catálogo es más amplio y con el paso del tiempo son otros los temas que van dando paso a la aberración, como resulta de la violencia contra la mujer que encuentra su forma más concreta y dantesca en el caso que la Corte IDH ha conocido recientemente sobre los múltiples asesinatos en Ciudad Juárez, la discriminación de los ciudadanos migrantes en diversos puntos del planeta recrudescida con la Directiva de Retorno de la UE, y la situación de los pueblos originarios o indígenas de la región que pelean por su autodeterminación y reivindicación.

Si bien es cierto que en alguna de estas materias se avanza, y la institucionalidad se ha adecuando a que ello resulte –el servicio nacional de la mujer por ejemplo, o el debate actual acerca del reconocimiento de los pueblos originarios a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT- lo cierto es que en cuanto a migrantes se refiere, seguimos esperando que algo suceda para comenzar a emplear recursos y capital humano en pro de una categoría de personas que requieren nuestra completa atención por su naturaleza misma y por la obligación jurídica y moral que pesa sobre un Estado parte de la carta de la OEA, a saber, los inmigrantes considerados a nivel internacional por las Cortes, la legislación y la doctrina como una categoría especialmente vulnerable y blanco de fáciles violaciones en el ejercicio y goce de sus derechos fundamentales.

Ante el panorama actual, y tomando en consideración lo trabajado en esta materia, entendemos que estamos dando pasos por lograr una concientización de la problemática que afecta a los ciudadanos migrantes. Así se ha entendido este trabajo, como una herramienta de lucha por develar un campo más extenso de los DDHH, que no se agotan en los lugares comunes que hemos oído, lamentablemente, desde la vuelta a la democracia y que se encuentran latamente descritos en sendos informes, - Rettig y Valech-.

Yendo al tema de fondo, y que tiene relevancia jurídica, tenemos claro entonces que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder

punitivo del estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas¹⁹⁴, por lo que las garantías mínimas del art. 8 se aplican también a los procesos administrativos¹⁹⁵, incluidos los de expulsión tanto de nacionales como de extranjeros¹⁹⁶.

Claro está entonces, que el proceso consagrado en la Ley 1.094 cabe dentro del supuesto anterior, y como tal, debe ceñirse a lo preceptuado por la Corte Interamericana, ya que Chile forma parte de los Estados miembros del Pacto.

Constatada la legislación, la jurisprudencia y la práctica jurídica, hemos apreciado un escenario que intuíamos al iniciar el estudio, y es que no contamos con un proceso de expulsión de los extranjeros acorde a los procedimientos y garantías consagradas en el DIDH.

Dicho esto, nuestro país está en la obligación de controvertir esta situación, y un paso para hacerlo es abrir el espacio y dejar entrar luz para iluminar las zonas oscuras del derecho a objeto de poder avanzar y remover después de 30 años de permanencia, legislaciones como la contenida en el Decreto Ley 1.094.

Chile se encuentra ante una realidad donde recibe cuotas significativas de inmigrantes, dice el mismo gabinete presidencial precitado. Además, según expresa el Coordinador de la Secretaría Técnica de la Conferencia Regional sobre la Migración,

¹⁹⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, voto razonado juez García Ramírez, párr. 8 y *Caso Baena Ricardo y otros*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrs. 106 y 124.

¹⁹⁵ Cfr. Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 105 y *Caso del Tribunal Constitucional*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, 7 de septiembre de 2007, párr. 99; TEDH, *Campbell y Fell vs. Reino Unido*, Sentencia del 28 de junio de 1984, Serie A No. 80, párr. 68; *Deweer vs. Bélgica*, Sentencia del 27 de febrero de 1980, Serie A No. 35, párr. 49 y *Engel y otros vs. Países Bajos*, Sentencia del 8 de junio de 1976, Serie A No. 22, párr. 82.

¹⁹⁶ Cfr. CIDH, *Informe No. 64/08*, Caso 11.691, Admisibilidad, Raghda Habbal e Hijo vs. Argentina, 25 de julio de 2008, párr. 54; *Informe No. 56/06*, Caso 8-03, Admisibilidad, Wayne Smith vs. Estados Unidos, OEA/Ser.L/V/II.127 Doc. 4 rev. 1 (2007), párr. 51 e *Informe No. 49/99*, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star y otros vs. México, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 724 (1998), párr. 71.

en los últimos años, la migración ha logrado colocarse en la primera posición de la agenda de los gobiernos y organizaciones internacionales. Sin embargo, esto no significa que se hayan creado las condiciones para superar la fase exploratoria del fenómeno migratorio. A través de los años, hemos visto cómo, por diversas razones, entre los diferentes estratos de la sociedad ha aumentado la conciencia sobre la importancia de la migración como un tema de política pública¹⁹⁷.

Es decir, a nivel regional, si bien escasa, la Corte IDH ha circulado sobre el tema en tres oportunidades dejando sentada una jurisprudencia clarificadora al respecto, dando pautas y acotando el contenido y alcance de los derechos de los inmigrantes y en particular en lo referente a los procesos de expulsión de los mismo.

En este mismo sentido, los distintos órganos y entidades relacionadas con el respeto de los DDHH han reaccionado con indignación por la Directiva decretada por la UE en diciembre pasado ya que instala una política migratoria regresiva que va en detrimento del DIDH.

Podemos decir con autoridad entonces que a nivel internacional, y especialmente regional, hay conciencia respecto de la problemática de los ciudadanos migrantes que son sujetos a un procedimiento que vulnera sus garantías mínimas legales.

Sin embargo Chile, dentro de los países de la Región y referente en los distintos casos de DDHH por la capacidad de reconciliación y esclarecimiento en los hechos sucedidos entre el año 73 y 88, no tiene la misma fuerza a la hora de enarbolar la bandera de los DDHH en cuanto a migrantes se refiere, no al menos en la práctica.

Reza en un eslogan de una entidad chilena ocupada acerca de los asuntos migratorios que “todos somos inmigrantes en algún lugar del mundo”, y no hay nada más cierto que aquello. Por tanto, merece la pena hoy más que nunca, aun cuando pueda entenderse como un tema sin los ribetes de popularidad que otros detentan, trabajar por la inclusión de una porción importante de la sociedad que clama atención y respeto de sus derechos esenciales.

¹⁹⁷ MONZÓN, Luís., op.cit.

Hay un desafío por delante, mucho trabajo por realizar, leyes que modificar, incluso la más importante de todas como la CPR, reorganizar un aparato gubernamental incapaz de diseñar políticas migratorias innovadoras, que vayan con el curso de los tiempos y naveguen sobre aguas limpias donde se encuentran el respeto y el ejercicio de lo que a cada ser humano le pertenece, sus derechos.

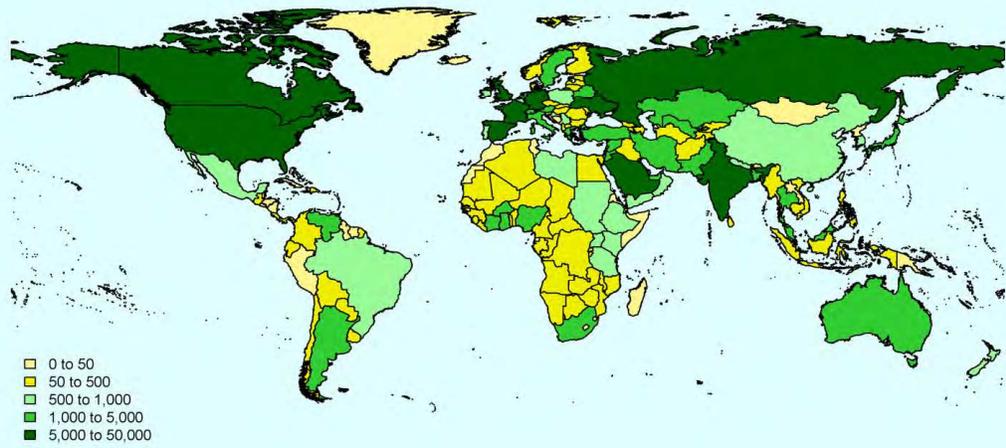
Como dice el poeta, *nuestras vidas son como los ríos que van a dar en la mar, que es el morir; allí van los señoríos derechos a se acabar y consumir; allí los ríos caudales, allí los otros medianos y más chicos, y llegados, son iguales los que viven por sus manos y los ricos*¹⁹⁸. Esperemos que este trabajo sea un río más, uno pequeño, quizás un canal, por donde transcurren aguas frescas para llevar a la mar y hacer del vasto océano un lugar más azul, con más oxígeno y donde sus habitantes puedan vivir un poco mejor.

¹⁹⁸ MANRIQUE, Jorge. *Coplas a la muerte de mi padre*.

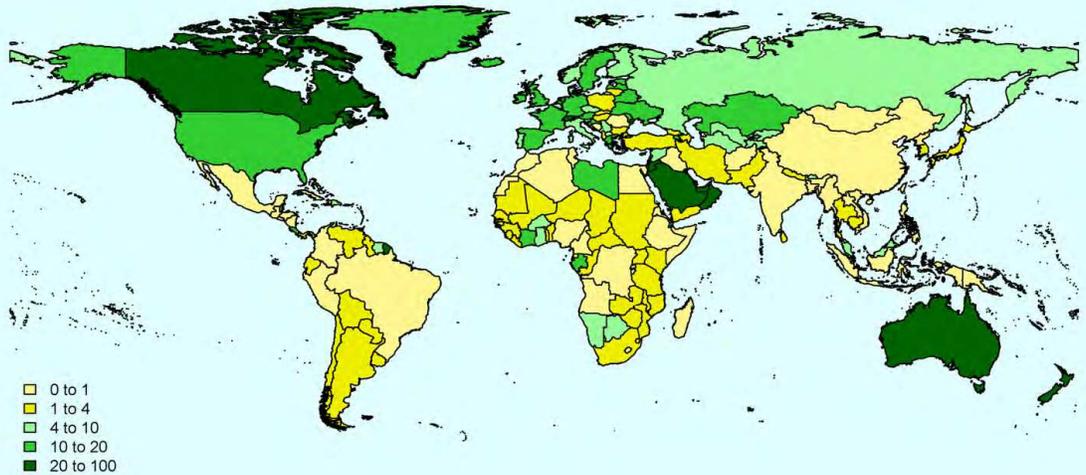
Anexo 1

Área	Total (x mil)	% de la población	Porcentaje de mujeres migrantes	Tasa anual promedio de cambio en %
Mundo	213.994	3,1	49,0	1,8
Regiones más desarrolladas	127.771	10,3	51,5	1,7
Regiones menos desarrolladas	86.232	1,5	45,3	2,0
África	19.263	1,9	46,8	1,7
Asia	61.324	1,5	44,6	2,1
Europa	69.819	9,5	52,3	1,6
Latinoamérica y el Caribe	7.480	1,3	50,1	1,7
Norteamérica	50.042	14,2	50,1	1,9
Oceanía	6.015	16,8	51,2	1,7

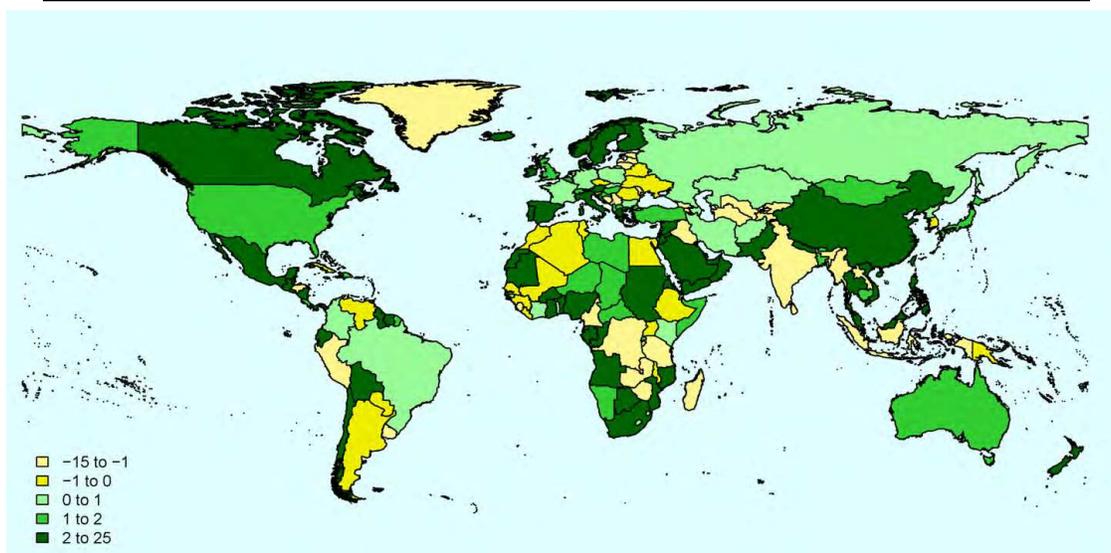
Cantidad de migrantes al 2010 (miles)



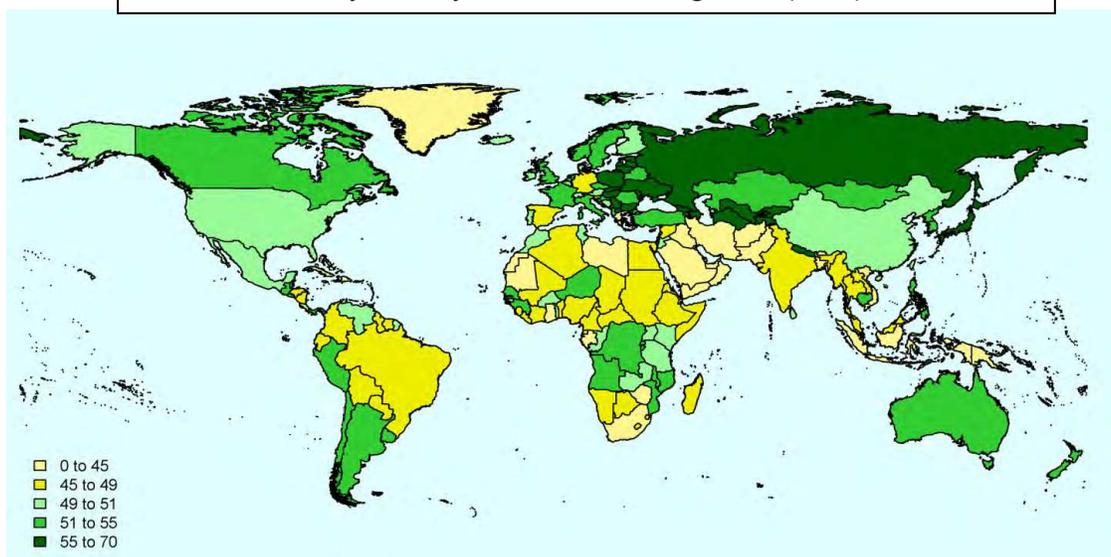
Porcentaje de migrantes según población mundial total (2010)



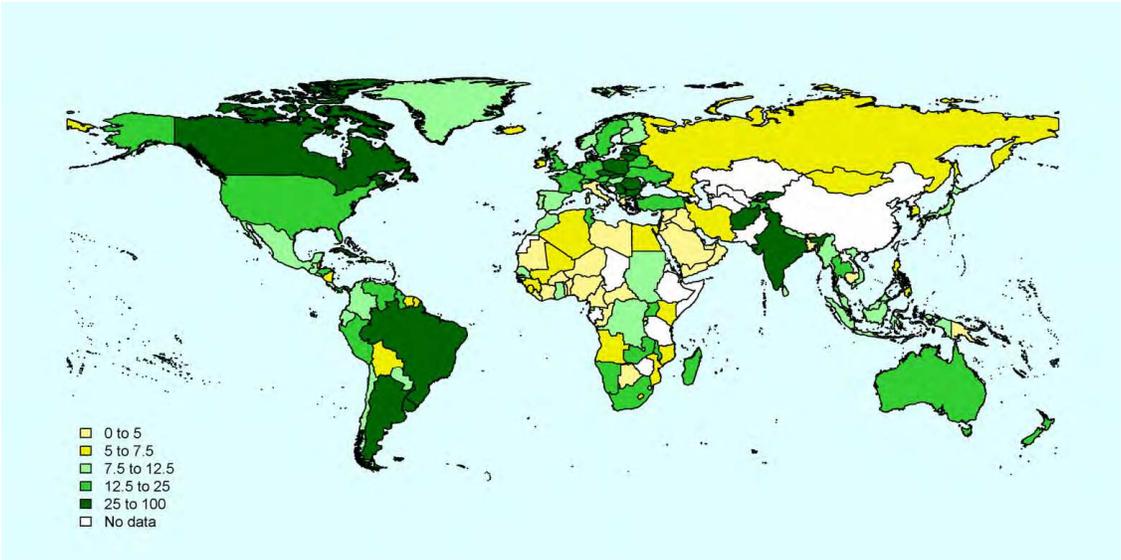
Tasa promedio anual en cambio de stock de migrantes (2005 – 2010)



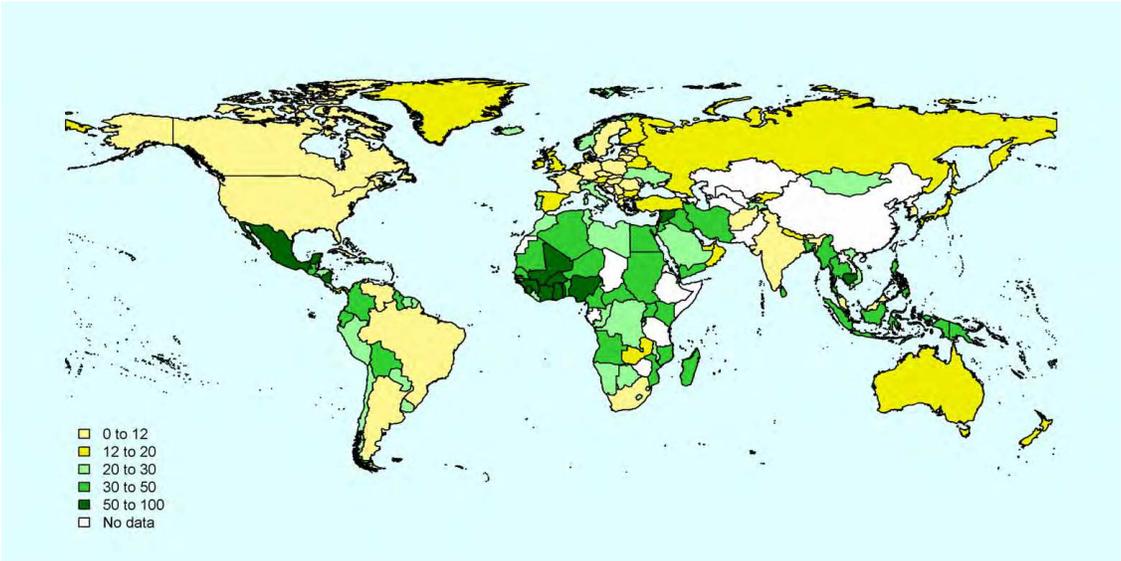
Porcentaje de mujeres en stock de migrantes (2010)



Porcentaje de migrantes menores de 20 años



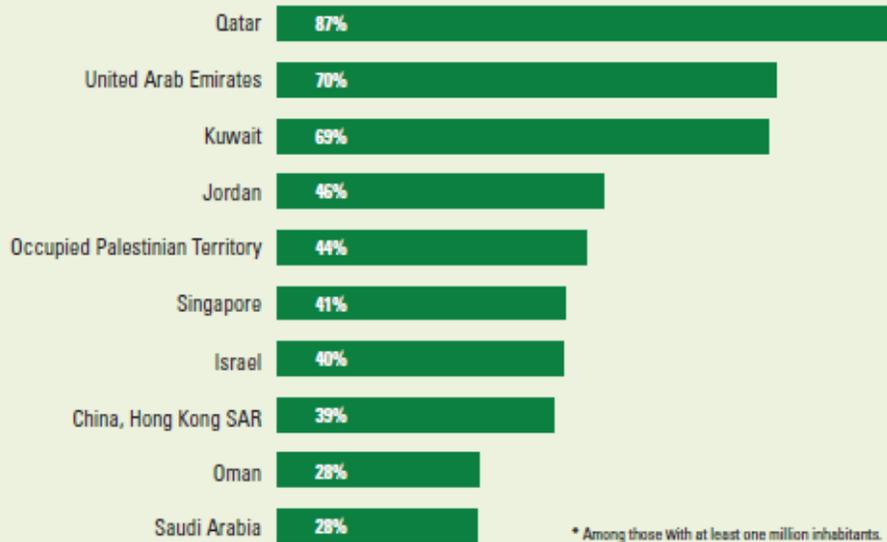
Porcentaje de migrantes igual o mayores de 60 años

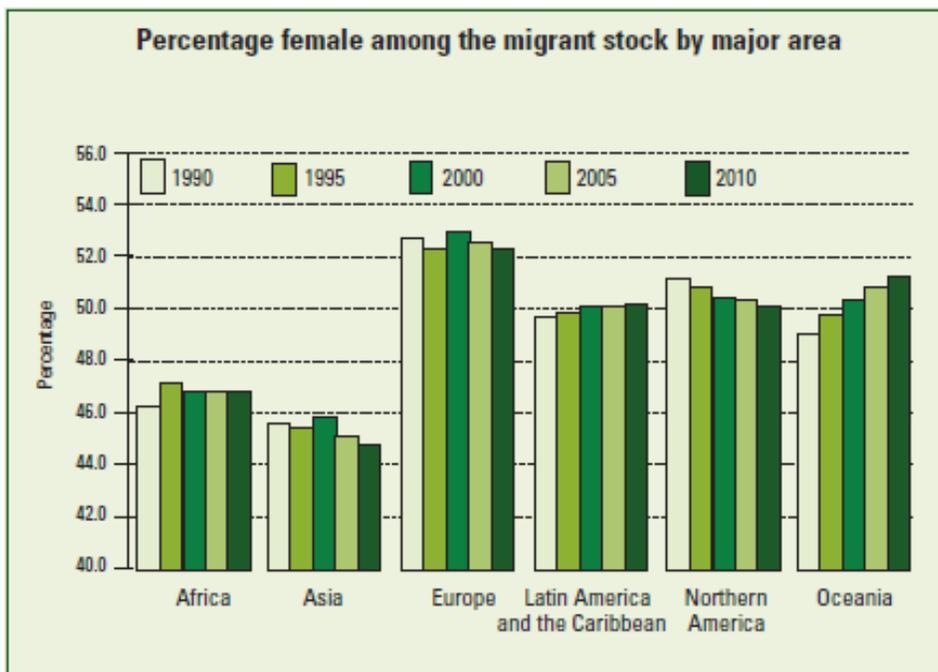
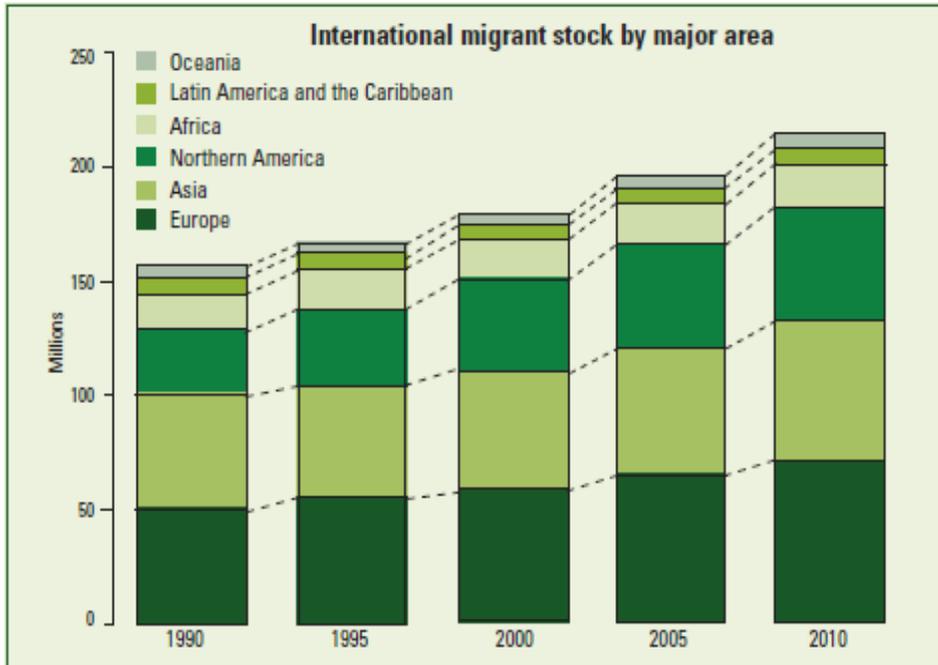


Countries with the largest number of international migrants, 2010 (millions)



Countries with the highest percentage of international migrants, 2010*





BIBLIOGRAFÍA CITADA

Documentos Legales:

- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *Human rights of irregular migrants*. Resolución 1509 del 27 de junio de 2006.
- Conferencia Regional sobre Migración, *Conclusiones del Seminario “Mujer y Migración”*, San Salvador, 19-20 de julio de 2007.
- Constitución Política de la República.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Decreto promulgatorio No. 873, 23 de agosto de 1990. D.O. 5 de enero de 1991.
- Convención sobre condiciones de los extranjeros. Decreto promulgatorio No. 941, 4 de septiembre de 1934. D.O. 14 de septiembre de 1934.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- Decreto Ley No. 1.094 de 1975; establece normas sobre extranjeros en Chile. (Ley de Extranjería)
- Decreto No. 597 publicado el 24 de noviembre de 1984; Aprueba nuevo reglamento de Extranjería.
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

- Ley No. 19.696; Establece el Código Procesal Penal. (D.O. 12-10-00)
- OIT, *Convenio No. 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias)* de 1975.
- OIT, *Convenio No. 97 sobre los Trabajadores Migrantes* (revisado) de 1949.
- ONU, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, Resolución No. 43/173, 9 de diciembre de 1988.
- ONU, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General, Migración internacional y desarrollo 2006*, Resolución A/60/871, 18 de mayo de 2006.
- ONU, *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, aprobada en el 71º período de sesiones celebrado del 30 de julio al 17 de agosto de 2007.
- ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, aprobada mediante la Resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990.
- ONU, *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, aprobada mediante la Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.
- ONU, *Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos Humanos de los Migrantes*, E/CN.4/1999/80, 9 de marzo de 1999.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto promulgatorio No. 778, 30 de noviembre de 1976. D.O. 29 de abril de 1989.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Decreto promulgatorio No. 747, 15 de junio de 1992. D.O. 20 de agosto de 1992.

- *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4-6 de marzo de 2008

Doctrina:

- BAYEFISKY F., Anne. "El principio de Igualdad o no discriminación en el derecho internacional", En Human Rights Law Journal, Vol. 11, N° 1-2.
- BOVINO, Alberto. *Justicia Penal y Derechos Humanos*. 1ª ed., Editores del puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 35
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., "Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal" en Cançado Trindade Antônio A. y Ruiz de Santiago, Jaime, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, 3ª edición, ACNUR, San José, 2004.
- CEDLA. "Los derechos humanos de los migrantes: situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile". La Paz, 2000. 244 p.
- Comisión Andina de Juristas. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto y ZANELLI FLORES, Jerica Yella (Investigadores). *Protección de los Derechos Humanos; definiciones operativas*. Lima, Perú, 1997.
- Corte IDH. *La Corte Interamericana de derechos humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005.
- Defensoría Penal Pública. *Estudios y Capacitación; Repertorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1987 – 2005*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, No. 3, Santiago, Chile, 2005.
- DIEZ NICOLÁS, Juan; Ramírez Lafita, María José. España: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. "La Voz de los Inmigrantes". Colección Inmigración y refugio. Madrid, 2001. 219 p.
- DOÑA R., Cristián. "Breve reseña y análisis de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y

- sus familias”. En Documento de Trabajo #1 OIM Chile. Biblioteca del Congreso Nacional, año 2003.
- Equipo de Investigación, misión en Chile de la OIM. “Migraciones Internacionales: Análisis y perspectiva para una política migratoria”, En Documento de Trabajo #2, año 2003.
 - GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. José. “La Justicia y los ciudadanos migrantes”, En Cuadernos de Derecho Judicial XVIII, “*Justicia: poder y servicio público*” editado por el Consejo General del Poder Judicial. Páginas 231 a 264, año 2006.
 - GARCÍA SAYÁN, Diego, “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005.
 - MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. España: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. “Derecho y extranjería, asilo y refugio”. Colección inmigración y refugio, N. 7. 2da Edición. Madrid, 2003. 816 p.
 - MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003.
 - MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismo de Protección*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2007.
 - NASH R., Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2004.
 - O’DONNELL, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Segunda edición, Santiago de Chile, 2007.

- OLEA R., Helena. “Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano”. En *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes.*, IIDH, San José de Costa Rica, 2004.
- OLEA R., Helena. “Derechos humanos y migraciones. Un nuevo lente para un viejo fenómeno”. En *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2007.
- PACECCA, María Inés. “Legislación, migración limítrofe y vulnerabilidad social”. *Realidad Económica*, N. 171. Año 2000. 23p.
- PALACIOS Z., Patricia. “La Igualdad y el Derecho a la No discriminación”, *Círculo de Estudios*, Centro de Derechos Humanos, año 2006.
- PERRUCHOUD, Richard, “Los derechos humanos de los migrantes – Una responsabilidad compartida”, en *Revista Migraciones*, julio de 2008, OIM, 2008.
- PORTES, Alejandro. “Debates y significación del transnacionalismo de los inmigrantes”. *Estudios migratorios Latinoamericanos*, año 16, N. 49. Año 2001. 16 p.
- REDPATH, Jillyanne, “Legislación migratoria, soberanía estatal y derechos humanos” en *AA.VV., Compilación de trabajos del Seminario sobre legislación migratoria*, Infoterra Editores S.A., San José, 2008
- RODRÍGUEZ R., Víctor Manuel. *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *Fix-Zamudio, Héctor, Liber Amicorum*, Vol. II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998.
- SABA, Roberto. “(Des)igualdad estructural”, En Revista Derecho y Humanidades, N° 11, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2005.
- SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, En Anuario de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2004.

Jurisprudencia:

- Corte IDH, *Caso Almonacid vs. Chile*.
- Corte IDH, *Caso Baena Ricardo vs. Panamá*.
- Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez*.
- Corte IDH, *Caso Barrios Altos*.
- Corte IDH, *Caso Blake*.
- Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides*.
- Corte IDH, *Caso Cantos*.
- Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi*.
- Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*.
- Corte IDH, *Caso Durand Ugarte*.
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*.

- Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*.
- Corte IDH, *Caso Las Palmeras*.
- Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*.
- Corte IDH, *Caso Myrna Mack*.
- Corte IDH, *Caso Palamara vs. Chile*.
- Corte IDH, *Caso Suárez Rosero*.
- Corte IDH, *Caso Villagrán Morales*.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-12
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, El derecho a información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*.
- Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 9.