



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**EL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
MIGRATORIO**

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

JOAQUÍN GONZÁLEZ PLANZER

Profesor Guía:
Sr. Claudio Moraga Klenner

Santiago, Chile.

2018

Quiero dedicar este trabajo a mi familia, quienes me han acompañado y cuidado durante toda mi vida.

A mis amigos y amigas, por su constante apoyo y consejos.

Y finalmente a todas aquellas personas anónimas que me han ayudado de una u otra forma a lo largo de este proceso, en especial a los/as migrantes, de quienes he aprendido mucho.

Índice

<u>Capítulo</u>	<u>Página</u>
Índice	3
Abreviaturas.....	6
Resumen	7
Introducción	8
1. El Debido Procedimiento Administrativo	
1.1. ¿Qué es el procedimiento administrativo?.....	11
1.2. Debido proceso	13
1.2.1. ¿Debido proceso como derecho, principio o garantía?	15
1.2.2. Contenido	17
1.3. Debido Procedimiento Administrativo	20
1.4. Fuentes	22
2. La Potestad sancionadora del Estado y el debido procedimiento	
2.1. Derecho Administrativo Sancionador	24
2.2. Relación con el Derecho Penal	26
2.3. Relación con el Derecho Administrativo Común	
Criterio decisivo: La Sanción Administrativa	31
2.4. Debido procedimiento administrativo sancionador	33
2.5. Contenido y Fuentes	38
3. Procedimiento Migratorio a la luz de la ley 19.880	

3.1. Migración en el Chile de hoy	
3.1.1. Realidad actual de la migración en Chile.....	41
3.1.2. Breve historia de la ley.....	43
3.1.3. El derecho migratorio internacional.....	45
3.2. Procedimiento administrativo migratorio	47
3.2.1. Ingreso al país	47
3.2.2. Otorgamiento de visas	51
3.3. La sanción administrativa en el derecho migratorio	55
3.3.1. Amonestación por escrito	56
3.3.2. Multa	56
3.3.3. Expulsión del país	57
3.3.4. Privación de libertad	58
3.3.5. Recursos propios del DL 1.094	58
3.3.6. Recursos contenidos en otras normas.....	60
3.4. ¿Cómo el procedimiento migratorio puede cumplir con un estándar de debido proceso?	62
3.5. Procedimiento Migratorio bajo estándares de debido proceso ...	63
4. Tratamiento del debido proceso en procedimientos migratorios por parte de la jurisprudencia.	
4.1. Corte Suprema	66
4.2. Tribunal Constitucional	72

4.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos	74
5. Críticas y propuestas	
5.1. ¿Es el procedimiento migratorio respetuoso del debido proceso?	77
5.2. Propuesta: Hacia una judicialización del procedimiento migratorio	80
5.3. Proyectos de ley presentados en los últimos año.....	85
Conclusión	92
Bibliografía	95

Abreviaturas

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CPR: Constitución Política de la República

CS: Corte Suprema

CA: Corte de Apelaciones

DAS: Derecho administrativo sancionador

DEM: Departamento de Extranjería y Migración

DL: Decreto Ley

LBOAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

LBPA: Ley que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado

ONU: Organización de Naciones Unidas

TC: Tribunal Constitucional

Resumen

El presente trabajo trata sobre el procedimiento al cual se deben enfrentar los extranjeros al momento de regularizar su situación migratoria (desde la entrada al país), si es necesario que este cumpla con los estándares modernos de un debido proceso y si, en caso de ser así, efectivamente cumple con dicho estándar. Así, el trabajo compara lo que se entiende por un debido procedimiento administrativo, lo que señala la legislación migratoria vigente y lo que ha sucedido en la práctica, analizando diversos casos. Finalmente, se expondrá si efectivamente con la actual legislación migratoria es posible lograr dichos estándares o si, por el contrario, se deben realizar cambios legislativos y cuál sería la profundidad de estos.

Introducción

Chile, históricamente ha sido un país con índices muy bajos de inmigración extranjera. Esta realidad contrasta en comparación a otras naciones americanas, como Estados Unidos o Argentina. Por esta razón el derecho migratorio nunca ha sido un tema de discusión tan recurrente, en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Por otro lado, nuestra principal ley en la materia data del año 1975 en que se promulga el DL 1.094. Esta legislación obedece a un Chile distinto al que vivimos actualmente. En ese entonces la inmigración era mucho más baja y al extranjero se lo veía con mayor desconfianza producto de la situación que atravesaba el país.

Actualmente la realidad es muy distinta. Gran cantidad de personas han llegado a Chile los últimos años, pasando de residir en Chile 154.643 extranjeros el año 2006 a más de 465.319 extranjeros durante el año 2015¹ y a casi un millón a fines del año 2017². Todo esto hace que la institucionalidad migratoria deba ajustarse a esta nueva realidad, surgiendo la duda sobre si nuestra legislación es o no suficiente para este nuevo Chile.

En el presente trabajo, abordaré el tema del debido proceso en materia migratoria, analizando de qué forma nuestra antigua legislación migratoria puede cumplir con estándares modernos de debido proceso, buscando acomodar una ley nacida en un contexto histórico tan distinto a la realidad actual. Desde ya señalo que el presente trabajo tiene como finalidad analizar el respeto al debido proceso del migrante común, sin entrar a analizar los casos especiales, como los refugiados.

Para lograr este cometido, comenzaré hablando sobre el debido proceso. Cómo nace este concepto y cómo, en los últimos años, ha ido evolucionando desde ser una institución exclusiva del derecho penal a aplicarse en prácticamente todos los procesos y procedimientos que puedan vulnerar derechos de las personas. Así, analizare como es su aplicación en el derecho administrativo y cuáles son las diferencias que lo separan del concepto tradicional ligado al derecho penal.

¹ Datos contenidos en la encuesta Casen del año 2015.

² Según datos entregados por Ministro del Interior Andrés Chadwick en Comisión de Gobierno Interno de la Cámara de Diputados con fecha 03 de abril de 2018.

En el segundo capítulo, se abordará el derecho administrativo sancionador. Esta es un área del Derecho relativamente nueva en nuestro país y que es de gran importancia para este trabajo pues el derecho migratorio contiene, como se verá, sanciones administrativas. Se desarrollará el nacimiento de esta área del derecho en Chile, su desarrollo doctrinario y en qué afecta al debido proceso en materia administrativa, señalando en qué se diferencia de su aplicación al derecho administrativo general.

Posteriormente, en el tercer capítulo, se hablará ya del procedimiento migratorio. En este trabajo no abordaremos el fondo de la temática migratoria por no ser el fin del mismo, además de ya existir gran cantidad de trabajos que versan sobre este tema. Así, me abocaré exclusivamente a desarrollar los distintos tipos de procedimiento administrativo en el derecho migratorio y cómo estos pueden cumplir con estándares modernos de debido proceso. Para finalizar, analizaré distinta jurisprudencia emanada de los principales Tribunales chilenos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ver cuál ha sido el criterio de estas Cortes al momento de analizar el debido proceso en materia migratoria, cómo han resuelto y qué proponen para garantizarlo.

Finalmente, en el último capítulo, analizaré el debido proceso en el procedimiento migratorio desde una perspectiva crítica, indicando cuales son los aspectos a mejorar y si, en definitiva, la legislación actual es suficiente para asegurar en la práctica un debido proceso en estos procedimientos. También analizaré los intentos que han existido de modificación de la ley migratoria, centrándome en si se han propuesto avances en materia de procedimiento migratorio.

Al terminar este trabajo se espera poder desarrollar la idea del debido proceso en materia de procedimiento migratorio, analizando si finalmente con la legislación actual es posible construir un procedimiento que cumpla estos estándares y si esto, en la práctica, es suficiente para garantizar los estándares que requiere un procedimiento que tiene en juego derechos tan importantes como lo son la libertad de circulación y de trabajo. Por esto este trabajo también busca tener en consideración la gran relevancia que tienen las decisiones de la autoridad

administrativa en esta área, la cual, en definitiva, puede cambiar radicalmente la vida de una persona.

1) El Debido Procedimiento Administrativo

1.1. ¿Qué es el procedimiento administrativo?

La Administración del Estado está obligada, por mandato constitucional, a ejecutar actos de muchos tipos y con distintos fines, desde el permitir algo, ejecutar una acción o también ordenar el cese de determinadas acciones. Para lograr esto, la Administración debe actuar a través de un procedimiento establecido por ley, todo lo cual se denomina procedimiento administrativo.

En Chile, el procedimiento administrativo encuentra su fuente principal en la LBPA que rige los actos de los órganos de la Administración del Estado. Esta ley señala qué debe entenderse por procedimiento administrativo:

“Artículo 18. Definición. El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”

El actual Contralor General de la República, Jorge Bermúdez, señala que esta definición es incompleta, pues solo hace referencia a los actos administrativos, no haciendo mención a otros instrumentos de la Administración como lo son los contratos públicos o la dictación de reglamentos. Por esto es que señala que los procedimientos administrativos son *“secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información, bajo la responsabilidad de un ente administrador”* agregando que, a través de este procedimiento se da una *“estructura a los múltiples contactos que se producen entre la administración y los ciudadanos o entre distintas unidades administrativas, al integrarlos en un sistema de actuación”*.³

Por su parte, Eduardo Soto Kloss también da una definición propia, y señala que procedimiento administrativo es una *“serie de actos caracterizados por la presencia de un acto principal -“acto administrativo terminal”- precedido por actos igualmente administrativos pero preparatorios o instrumentales, y seguido de otros actos*

³ BERMUDEZ, Jorge. 2014. Derecho Administrativo General. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 192p.

igualmente ejercicio de función administrativa, jurídicos o materiales, pero de ejecución de aquel acto principal” agregando posteriormente que el procedimiento administrativo sería “la regulación del ejercicio de la actividad administrativa” haciendo énfasis en que es la “regulación normativa dirigida a determinar la elaboración de los actos administrativos que dictan los órganos de la Administración del Estado”⁴.

El procedimiento administrativo puede ir variando dada la gran cantidad de materias que debe manejar la administración. Por esto, la LBPA busca ser una norma de carácter general, es decir, de carácter sectorial, aplicable a todos los procedimientos administrativos⁵ y supletoriamente en todos los casos, es decir, de aplicación residual en casos de vacíos, señalando en su artículo uno *“En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”*.

La LBPA es una ley de bases, según lo define la CPR en su artículo 60 N° 18, precisando lo básico respecto a todo el procedimiento administrativo nacional, señalando los principios básicos que deben respetarse en esta clase de procedimientos, y también los límites, al establecer las garantías mínimas en el mismo. Por su parte, para el profesor Bermúdez más que una ley de bases sería una ley general en materia de procedimiento administrativo, ya que regula todo lo relativo a este tipo de procedimientos⁶, siendo esta ley un gran avance en la materia ya que se dejan atrás la informalidad, las normas consuetudinarias y la inestabilidad⁷, siendo, en definitiva, aquella ley que pone orden a todo el procedimiento administrativo nacional.

⁴ SOTO KLOSS, Eduardo. 2012. Derecho Administrativo. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 307p.

⁵ Artículo 2 de la Ley 19.880

⁶ BERMUDEZ, Jorge. 2014. Derecho Administrativo General. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 178 p

⁷ Op.Cit. 177p.

1.2. Debido proceso

El debido proceso nace en 1215 con la publicación de la Carta Magna en Inglaterra. En esta se establece que *“ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país o del reino”*⁸. Con esto nace la idea del *due process of law* o debido proceso legal, el cual es de origen y desarrollo del derecho anglosajón.

Posteriormente en Estados Unidos, después de lograr su independencia del Imperio Británico, se desarrolla aún más. El *Due Process of law* no fue instaurado originalmente en su Constitución, pero con la V enmienda constitucional de 1791 se agrega: *“Nadie estará obligado [...] ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”*.⁹

Posteriormente Estados Unidos avanza aún más en la materia con la XIV enmienda de 1868, que señala en su primera parte: *“Ningún Estado podrá privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”*¹⁰

En Chile, desde el Reglamento de 1812, se pueden observar alusiones al debido proceso, pero nunca una consagración expresa en el texto. Así, la Constitución de 1833 señala en su artículo 133:

⁸ En inglés: *“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.”*

⁹ En inglés: *“No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”*

¹⁰ En inglés: *“No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”*

“Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”

Y en su artículo 134:

“Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que le señale la lei, i que se halle establecido con anterioridad por ésta”

Por su parte, la Constitución de 1925 no realiza grandes avances, limitándose a repetir los anteriores artículos, los cuales pasan a ser el artículo 11 y 12, respectivamente.

La actual CPR si realiza un avance. Si bien no se refiere expresamente a un debido proceso, si hace referencia a que este debe ser racional y justo, además de dejar las puertas abiertas a la determinación del contenido de este. Así, señala en su artículo 19 N°3 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.”

Esto, tanto para la doctrina como jurisprudencia nacional, consagra el debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico¹¹. El problema es que es una definición muy amplia que no termina por zanjar cual es el contenido del mismo. El mismo artículo señala principios que forman parte de un debido proceso, pero no es muy rigurosa y deja abierta la puerta a agregar nuevos principios al final del inciso.

Así es como, con la modificación a la Constitución del año 1989, se modifica el artículo 5 inciso segundo de la Constitución que hace parte del ordenamiento jurídico chileno los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Esto es de gran importancia ya que hay varios Tratados Internacionales que contienen esta materia. Muy importante es la Convención Americana de Derechos Humanos, que

¹¹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 29p.

en su artículo 8° enumera los principios que son parte de un debido proceso, lo que nos da una lista taxativa de cuáles son los subprincipios integrantes.

Es complicado definir con exactitud el debido proceso, ya que es un concepto muy amplio. Por esta razón existen varias definiciones, siendo la más clásica la que lo define como *“aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la plena eficacia del derecho”*¹².

La anterior definición parece ser muy restringida, a pesar de ser la más habitual, pues limita los conflictos sólo a aquellos con *“intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada”*. Esto deja fuera a muchos procedimientos que también requieren de un estándar de debido proceso. Además no se señala de qué forma se cumple integralmente esa función constitucional, por lo que parece una definición incompleta.

Por las anteriores razones, pareciera más completa y amplia la definición de los profesores Maturana y Montero, que señalan que debido proceso *“refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social”*¹³.

1.2.1. ¿Debido proceso como derecho, principio o garantía?

El debido proceso se puede entender como una garantía, un principio o como derecho fundamental. Estos tres conceptos, si bien se relacionan, no son lo mismo. Son tres distintas formas de ver el debido proceso y por eso hay que diferenciarlas. Definiré cada concepto.

¹² COLOMBO CAMPBELL, Juan. 2006. El Debido Proceso Constitucional. Santiago de Chile. LOM ediciones. 14p.

¹³ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 29p.

Los principios son *normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.*¹⁴ Los principios son aquellas normas de rango superior que buscan ordenar la aplicación del derecho en favor de un bien jurídico superior, siempre respetando la legislación vigente. Son aquellas normas que, ante alguna duda sobre la aplicación de una ley, dirimen el conflicto en razón a ese criterio superior.

Por su parte, los derechos fundamentales son *aquellos derechos, libertades e igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son y deben ser siempre, reconocidos por el ordenamiento jurídico, permitiendo al titular exigir su cumplimiento con los deberes correlativos.*¹⁵ Los derechos fundamentales también son normas que regulan y ordenan el ordenamiento jurídico, pero se diferencian de los principios en que pueden ser exigidos directamente. Además, los principios no necesariamente están ligados a la calidad de persona, mientras que es de la esencia de los derechos fundamentales la protección de la persona. Por su parte los principios buscan la protección de la estructura con que funciona un ordenamiento jurídico.

Finalmente, una garantía es la *“protección práctica y específica que se dispensa a los derechos del hombre”*. Luego, el autor complementa su definición indicando que *“de modo que la inexistencia o fracaso de una garantía no significa la negación de un derecho sino su inaplicabilidad positiva por la inexistencia de aquella”*¹⁶. Las garantías suelen confundirse con los derechos, pero en la misma definición de esta

¹⁴ ALEXY, Robert. 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Revista DOXA (5). 143p.

¹⁵ CEA, José Luis. 2012. Derecho Constitucional Chileno. 2º edición. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II. 221p.

¹⁶ MORELLO, Augusto. 1998. Constitución y Proceso: La nueva edad de las garantías judiciales. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 21p.

podemos encontrar la diferencia. La garantía vendría siendo el medio por el cual se aplica el derecho. Así, el autor lo ejemplifica diferenciando el derecho a transitar libremente y la garantía del habeas corpus, en caso de que dicho derecho sea violado.¹⁷

Como se puede observar, el debido proceso puede ser perfectamente encasillado en cualquiera de estas tres categorías. El debido proceso como principio, cuando se entiende como aquél que ordena todos los procesos y procedimientos legales, el debido proceso como derecho cuando se entiende como lo inherente a toda persona que sea sometida a un juicio y el debido proceso como garantía, cuando es el medio que asegura el resguardo de los derechos.

Para efectos de este trabajo no seleccionaremos una en particular puesto que las tres visiones son correctas y, además, se complementan. El debido proceso es un principio y una garantía que buscan proteger diversos derechos, entre ellos el derecho fundamental a un debido proceso.

1.2.2. Contenido

La CPR en su artículo 19 N°3 al hablar del debido proceso no determina su contenido y deja abierta la puerta para que el legislador lo determine *“corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

Dejárselo al legislador para que determine el contenido en cada procedimiento fue una decisión tomada por la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución. Queda constancia en las actas que el comisionado Evans señala que no sería óptimo dar un contenido ya que tanto por extensión como por omisión, podría olvidarse parte del contenido del debido proceso *“es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque ellas dependen de la naturaleza del procedimiento y de todo el contenido de los*

¹⁷ Op. Cit. 24p.

mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de la prueba y los recursos [...]". Por otro lado, respecto a la omisión, puede olvidarse "[...] de otros elementos que pueden ser muy valiosos [...]"¹⁸

Como no existe ninguna ley general que determine de forma exacta cual sería este contenido, este todavía no ha sido determinado. Así, en la práctica, la doctrina ha dado diferentes contenidos al mismo. El mismo profesor Evans, años después, intenta dar una respuesta a la interrogante que deja la CPR. Al respecto, señala que *"Los elementos que constituyen un racional y justo procedimiento son los siguientes, de un modo muy escueto: 1) Notificación y audiencia del afectado, pudiéndose proceder en su rebeldía si no comparece una vez notificado; 2) Presentación de la pruebas, recepción de ellas y de su examen; 3) Sentencia dictada en un plazo razonable; 4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y 5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva"*

Por su parte el profesor Maturana señala, en resumen, que el contenido sería el derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial; derecho a un juez imparcial pre constituido por ley; derecho de acción y de defensa; derecho a un defensor; derecho a un procedimiento que conduzca a una pronta resolución del conflicto; derecho a la publicidad de las actuaciones; derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio; el derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de la prueba; derecho a un procedimiento que contemple una igualdad de tratamiento de las partes dentro de él; derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto y el derecho a un recurso que permita impugnar las sentencias que no emanen de un debido proceso.¹⁹

¹⁸ Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República. Sesión 103ª, celebrada 16 de enero de 1975. V.3. (12-13)

¹⁹ MATURANA, Cristian. y MONTERO, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 30p.

Sin embargo, pareciera que la respuesta a la interrogante de cuál es el contenido se encuentra en la misma legislación. Para esto hay que buscar en la CPR, que por medio del artículo 5, inciso 2, que hace parte del ordenamiento jurídico los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, las fuentes del debido proceso se amplían *“La extraordinaria trascendencia que tiene el debido proceso para la adecuada protección de los derechos de la persona humana generó la incorporación de este concepto como uno de los trascendentales derechos que posee en todos los tratados de derechos humanos que sobre la materia se han celebrado a nivel internacional a partir de la mitad del presente siglo”*²⁰.

Así en la Convención Interamericana de Derechos Humanos es donde se puede encontrar de mejor forma tratado el debido proceso. En efecto, el artículo 8 de la Convención señala de forma clara un contenido y, además, lo hace extensivo a otras áreas del derecho (no tan sólo la penal), entre ellas el derecho administrativo. En el referido artículo, podemos encontrar el derecho a asistencia letrada, a un intérprete, a recurrir de la decisión, a la prueba, a un juez imparcial, entre otras.²¹.

²⁰ MATURANA, Cristian. 2015. Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento. Apuntes de Clases. 12p.

²¹ El Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala:

“Garantías Judiciales. 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 mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado 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 inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro

del plazo establecido por la 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;

1.3. Debido Procedimiento Administrativo

En el presente trabajo, antes de entrar en el debido proceso en el derecho administrativo, se comenzó hablando sobre qué es el debido proceso en sí mismo. La razón de esto es que el primer concepto vendría siendo una especie del segundo.

En las últimas décadas el debido proceso comenzó una expansión desde el derecho penal hacia el resto del derecho. Actualmente, la jurisprudencia entiende que el debido proceso es parte de otras áreas del derecho. Así la Corte Suprema señala que *“El concepto de “due process of law”, que importa que nadie puede ser condenado a satisfacer una pretensión o sanción, ya sea en materia penal, civil, contravencional, administrativa, disciplinaria o de cualquier naturaleza, si no en virtud de un proceso previo legalmente tramitado.”*²²

Sumado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un criterio ya asentado desde hace muchos años, también ha señalado que el concepto de debido proceso se aplica no tan solo a la esfera judicial, sino que también este llega a la esfera administrativa y sancionatoria:

“Por otra parte, la Corte ha señalado que el derecho a las garantías judiciales, consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. Así, en su jurisprudencia constante, la Corte ha reiterado que si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto. Más bien, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal

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.”

²² Considerando 75° en sentencia de la Corte Suprema rol N°2578-2012.

se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. 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”²³(lo subrayado es mío).

Mientras que el Tribunal Constitucional señala, refiriéndose a la LBPA, que se establecería un verdadero “*debido proceso administrativo*”²⁴ diferenciándolo definitivamente del debido proceso penal.

A pesar de esta expansión, el debido proceso no aterriza de igual forma en el derecho administrativo chileno, ya que este debe acomodarse a una nueva realidad. Así, en el derecho anglosajón se habla de debido proceso en general, mientras que en nuestro derecho primero se debe distinguir entre derecho penal y derecho administrativo. Hay que recordar que el proceso se relaciona con la actividad judicial, mientras que el procedimiento se relaciona con la actividad administrativa.

Así, en el derecho administrativo lo correcto es hablar de debido procedimiento, ya que los procesos son propios de la actividad jurisdiccional radicada en los Tribunales, a la administración del Estado no se le permite ejercer actividad jurisdiccional (art. 76 de la CPR) “*Es evidente, entonces, que el ámbito natural donde actúa la administración es el de los intereses generales, cosa que no sucede con los órganos jurisdiccionales*”²⁵. Por su parte, el derecho penal si se ejerce ante los tribunales por lo que en esta área si es correcto hablar de debido proceso.

Por esta razón es que este capítulo está titulado debido procedimiento administrativo ya que en estricto rigor el debido proceso administrativo, cuando el procedimiento se lleva ante la Administración, no existe. El profesor Gabriel Bocksang lo resume, señalando que “*a cada término se le ha otorgado su área correspondiente: mientras el procedimiento administrativo se refiere a la secuencia de actos destinados a la formación de un acto administrativo terminal, el proceso administrativo alude*

²³ Párrafo 349 en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso caratulado “Personas dominicanas y haitianas expulsadas VS República Dominicana” del año 2014.

²⁴ Considerando 25° en Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 2066-2011.

²⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. 2011. ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional? En Revista de Derecho PUCP N°67: 235p.

*estrictamente al contencioso-administrativo; esto es, a la reclamación judicial por actos administrativos ya nacidos, o pretendidamente nacidos, a la vida jurídica*²⁶.

Además de lo anteriormente dicho, el debido procedimiento administrativo tiene un contenido distinto al debido proceso penal. El derecho administrativo como institución obedece a criterios y fines muy distintos a los del derecho penal, por lo que el procedimiento aplicable a ellos también es distinto. Por ejemplo, en el proceso penal debe existir imparcialidad por parte del juez, mientras que en el procedimiento administrativo difícilmente se puede hablar de imparcialidad cuando el Estado busca un determinado fin, el depende del gobierno de turno.

Finalmente, sus fuentes también son distintas. Mientras el debido proceso penal tiene su mayor fuente en la CPR y las normas del Código Procesal Penal, el debido procedimiento administrativo encuentra su base también en la CPR (gracias a la interpretación expansiva del Tribunal Constitucional), la LBOAD y LBPA, la cual señala un contenido del mismo, aplicándose de manera general y supletoria a todos los actos de la administración del Estado.

1.4. Fuentes

Hablar de las fuentes del derecho es hablar de donde nace este derecho, lo cual nos evoca dos cuestiones diferentes. La primera, cuál es el antecedente que explica el surgimiento de esta norma, lo que es la fuente material, y lo segundo, cuál es el origen inmediato de esta norma, lo que se denomina la fuente formal del derecho.

Las fuentes materiales del debido procedimiento administrativo son aquellos fundamentos culturales, filosóficos o históricos que generan el nacimiento de determinada norma jurídica. En este caso la fuente material está directamente ligada a la fuente del debido proceso en general, a la idea de que el hombre debe ser protegido frente al aparato policial del Estado. Esta es una idea eminentemente liberal y también aplica para el derecho administrativo, toda vez que lo que busca el

²⁶ BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2006. El procedimiento administrativo chileno. Santiago de Chile. LexisNexis. 3p.

debido procedimiento administrativo es garantizar un justo y racional procedimiento frente al todopoderoso Estado.

Las fuentes formales del derecho son la forma de expresión de la norma jurídica, de donde nosotros los ciudadanos y ciudadanas la extraemos. En el caso del debido procedimiento administrativo las fuentes formales son la CPR, desde que el artículo 19 número 3 se hizo extensivo a todo el ordenamiento jurídico por la interpretación expansiva del Tribunal Constitucional, la LBOAD y LBPA. En esta área también son de gran importancia la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, y la doctrina generada en la materia.

Así, la LBOAD, en su artículo 18, inciso segundo, consagra el debido proceso en el área administrativa, señalando que *“En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”*.

Sin embargo, la principal fuente del debido procedimiento administrativo es la LBPA, en específico, su artículo 4. El profesor Claudio Moraga, siguiendo jurisprudencia de la Corte Suprema, señala respecto al artículo 4 que *“Se trata de postulados, ideas matrices o propiedades normativas destinadas a integrar regulativamente- que no de manera simplemente explicativa ni supletoria- las actuaciones que se llevaran a cabo en y para la sustanciación del procedimiento. Son ellos, en otros términos, los pilares conformadores de una idea de mayor connotación: la del “debido procedimiento administrativo” o del “debido proceso” en la Administración”²⁷ (lo subrayado es mío). Es en esta norma donde mejor se sistematizan los principios que deben regir todo procedimiento administrativo, estableciendo de forma clara aquellos principios²⁸, dándole así un contenido cierto al debido procedimiento administrativo.*

²⁷ MORAGA KLENNER, Claudio. 2013. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la jurisprudencia de los Tribunales Chilenos. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 9p.

²⁸ El artículo 4 de la ley 19.880 señala: Principios *del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.*

2. La Potestad Sancionadora del Estado y el Debido Procedimiento

2.1. Derecho Administrativo Sancionador

En el mundo desde hace ya varios años se maneja el concepto de derecho administrativo sancionador. En España, que es de donde proviene la principal doctrina que influencia esta área del derecho en Chile, nace de una sentencia del Tribunal Supremo Español de 31 de octubre de 1972 que establece que son de una misma naturaleza la sanción penal con la sanción administrativa.

En Chile, se puede señalar que esta rama del derecho nace con la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 1996, Rol N° 244, que señala que tanto el derecho penal como el DAS²⁹ son manifestaciones del ius puniendi estatal y, por tanto, se hacen extensivos los derechos contenidos en el primero al segundo. Con esta sentencia ya se comienza a hablar en Chile de un DAS y de la potestad sancionadora del Estado.

El derecho administrativo abarca la relación que tiene el Estado con las personas, mientras que el DAS también regula la relación Estado-persona, pero se diferencia del primero en que en esta área existe la amenaza de una sanción administrativa que puede afectar derechos del individuo, lo que provoca que sea distinta y con reglas propias.

A pesar de que actualmente tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritarias aceptan la existencia y constitucionalidad de la potestad sancionadora del Estado en Chile, hay autores que niegan su constitucionalidad. El principal argumento que se esgrime contra la potestad sancionadora del Estado es que esta sería inconstitucional ya que la facultad de sancionar está exclusivamente arraigada en los Tribunales de Justicia, y que por tanto el poder ejecutivo no tiene esta facultad.³⁰

²⁹ Derecho administrativo sancionador

³⁰ En este sentido el profesor Eduardo Soto Kloss en su obra "Derecho Administrativo. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot."

Estos argumentos en contra habían sido habitualmente descartados ya que esta área del derecho nace de la necesidad de una mayor eficiencia en el actuar de la administración. De no mediar la posibilidad de sancionar a quienes desobedezcan sus preceptos u órdenes, se haría casi impracticable el derecho administrativo en algunas áreas. Esto no obsta a que efectivamente se reconozca el daño que se le puede generar al administrado ya que se puede caer en el peligro de sancionar sin los debidos resguardos que un Estado moderno debe garantizar a sus ciudadanos: *“bajo esta forma de ejercicio de los poderes punitivos del Estado no sólo se conserva un resabio del absolutismo, sino que –tal como hemos señalado- cada vez más se otorgan dichos poderes a órganos administrativos, cuyo fundamento se encontraría en una forma más eficiente y oportuna para reprimir conductas de menor gravedad y que, por tanto, no demandaban de mayores garantías sustantivas y procesales en su aplicación”*³¹ El autor complementa esto señalando que lentamente se han ido aumentando las sanciones, al punto de generarse una asimetría con las del derecho penal³².

Por esta razón es que es tan importante en esta área el garantizar el acceso a derechos que en un procedimiento administrativo común no serían siempre necesarios, como lo son el derecho a la defensa o a un debido proceso.

Este último año la doctrina que señalaba la inconstitucionalidad del DAS ha tomado fuerza con la sentencia en causa ROL 4012-17 del Tribunal Constitucional sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la ley N° 19.496 (o ley del consumidor). En esta sentencia el Tribunal da un gran freno al avance del DAS al señalar que la actividad jurisdiccional es exclusiva de los Tribunales y, por tanto, las nuevas facultades que se le conferían al SERNAC son inconstitucionales. La pregunta que nace es ¿Qué se podría entender por actividad jurisdiccional? El fallo señala en su considerando 35° aquellas facultades del SERNAC que entiende como actividad jurisdiccional³³, pero ¿Acaso no existen otros órganos del Estado

³¹ CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 26p.

³² Op. Cit. 27p.

³³ ROL N° 4012 del TC, considerando 35°: *“Que, en el Proyecto controlado, no implica solamente de que el Servicio Nacional del Consumidor pueda multar a los proveedores, en paralelo con los*

que poseen similares o incluso mayores potestades que se acercan aun más a una actividad jurisdiccional? Como se verá en este trabajo, la Administración en el procedimiento migratorio tiene facultades que pueden fácilmente catalogarse como jurisdiccionales, pero que no han sido declaradas contrarias a la CPR.

2.2. Relación con el Derecho Penal

Como se ha señalado, el DAS es una expresión del ius puniendi estatal, al igual que el derecho penal. Esta relación hace que estas ramas del derecho, originalmente tan distantes, hayan comenzado a acercarse. En Chile, esta relación ha sido aún más intensa, dada la gran cantidad de vacíos que existen en materia administrativo sancionatoria. Los tribunales de justicia, en la necesidad de protección del administrado frente al ius puniendi estatal, han comenzado a aplicar, gradualmente, principios de derecho penal a temas administrativo sancionadores.

Así es como el año 1996 mediante la sentencia Rol N°244 el Tribunal Constitucional (misma sentencia que declara que derecho administrativo sancionador es expresión del ius puniendi estatal) expande la aplicación de estos principios al señalar que *“los principios inspiradores del orden penal contenidos en la Constitución Política de la Republica han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*.

tribunales. Se trata de que, además, se erige en instancia de mediación; arbitra a continuación una audiencia obligatoria de conciliación (artículo 50 G); para concluir pudiendo ordenar el cese de las conductas infractoras, la restitución de los cobros que le parezcan improcedentes, así como adoptar indeterminadas medidas para evitar supuestas infracciones futuras (artículo 50 N), al modo de una sentencia que acoge una acción de amparo, y en que un juez cumple las funciones conservadoras que le atribuye el artículo 3 ° del Código Orgánico de Tribunales.

Esta resolución condenatoria adquiere caracteres de sentencia todavía mayores, si se observa que, en un juicio posterior, donde se demande alguna indemnización, no podrá discutirse la infracción ya declarada en ella.”

No tan solo el Tribunal Constitucional ha reconocido la aplicación de los principios del derecho penal al DAS , también así lo han entendido la Corte Suprema y la Contraloría General de la Republica³⁴.

Por esta razón el profesor Navarro señala que *“resulta claro que los principios de legalidad y tipicidad y, desde luego, todos aquellos que garantizan el derecho de las personas a la defensa jurídica y la protección de sus derechos, en la aplicación del derecho penal, como el debido proceso, el justo y racional procedimiento, proporcionalidad, razonabilidad, culpabilidad, deben ser aplicables también al ámbito del ius puniendi ejercido por el Estado administrador”*³⁵.

La aplicación de los principios del derecho penal hacen que el derecho DAS no sea derecho administrativo propiamente tal, pero tampoco lo transforma en derecho penal, ya que tiene principios y fines diversos a ambos. Esta nueva área es más una mezcla entre los dos anteriores señalándose que *“el Derecho Administrativo Sancionador es una rama autónoma del Derecho, que tiene su “anclaje” en el Derecho Público, en específico en el Derecho Administrativo”*³⁶.

De forma muy clara lo resume el profesor Eduardo Cordero *“es de toda lógica que el régimen sancionador penal, más enérgico y grave en las sanciones que de adoptan, está sujeto a una serie de formas y ritualidades que hacen más estricto el ejercicio de esta forma de potestad punitiva. En el escalón siguiente se encuentran las sanciones que aplica la propia Administración, sujeta a un sistema de principios y garantías más atenuados o ‘matizados’ que se debe respetar en el respectivo procedimiento administrativo sancionador. Por último, existen una serie de actos*

³⁴ Corte Suprema en rol N° 9078-2009 y Contraloría General de la República en Dictamen N° 14.751/2005.

³⁵ NAVARRO, Enrique. 2014. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters. 19p.

³⁶ ROMAN, Cristian. 2010. El Castigo en el Derecho Administrativo. Revista Derecho y Humanidades N°16: 162p

*desfavorables que emanan de los órganos de la Administración del Estado, pero que no constituyen sanción en sentido estricto*³⁷.

Los principios del derecho penal (el general) y los del DAS presentan dos grandes diferencias; los fines perseguidos por el Estado y las penas aplicadas al culpable. Hay que recordar que el derecho administrativo se preocupa de regular intereses generales, de regular la forma en como el Estado ejerce el gobierno, mientras que el derecho penal busca sancionar (o prevenir, depende de la doctrina) una conducta individual, la cual no afecta los fines mismos del Estado.

Las sanciones aplicadas no son las mismas ya que el derecho penal puede llegar a imponer las más grandes penas de nuestro ordenamiento jurídico, como la privación de libertad, mientras que las máximas sanciones que contempla el derecho administrativo son las multas o prohibiciones (como el no permitir ejercer una determinada actividad económica) *“no es posible ser “más penalista que los penalistas”, esto es, el alcance que en él han de tener, deberá ser siempre más flexible que en el Derecho Penal, conclusión que resulta, a todas luces, evidente si se considera que en dicha sede en caso alguno podría afectarse la libertad personal del perseguido*³⁸³⁹

Por estas mismas razones es que es aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que los principios del derecho penal, como el debido proceso, deben ser aplicados con menor rigurosidad en el derecho administrativo. Se puede señalar entonces que los principios aplicables son similares, solo que más “leves”. Así también lo han entendido la doctrina y jurisprudencia nacionales, quienes siguiendo a la doctrina española, concluyen que:

³⁷ CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 31p.

³⁸ ROMAN, Cristian. El Debido Procedimiento Administrativo. Revista de Derecho Público V.71: 195p.

³⁹ Esto es discutible ya que solo aplicaría como regla general, pero no para todos los casos. Por ejemplo el Derecho Migratorio posee sanciones muy duras, similares a las contenidas en el Derecho Penal.

“En definitiva, la extensión de los principios penales al ámbito administrativo sancionador constituye una garantía para el ciudadano. Sin embargo, la extrapolación no es absoluta, ya que los principios penales son matizados y morigerados en sus alcances y efectos. Esto hace que tales principios, en el ámbito administrativo, adquieran autonomía y contenido propio”⁴⁰

A su vez, existen autores, como Eduardo Cordero, que plantean que esta separación no sería tan absoluta ya que el derecho penal también juega un papel en las políticas públicas de un Estado, en lo que se denomina derecho penal colateral. Así, el profesor Cordero propone que en ciertos casos *“resulta evidente la estrecha cercanía que tienen las infracciones administrativas con el Derecho penal colateral, a un punto tal que sería posible predicar la existencia de una identidad de fundamento y de fin entre ambas categorías de lícitos”⁴¹*. Plantear que no hay un interés público en el derecho penal pareciera ser que no es una respuesta satisfactoria y que no cubre todas las posibles aplicaciones que tiene esta rama del derecho, además de tampoco considerar que en el derecho administrativo las sanciones pueden llegar a ser a veces más duras que las aplicadas en el ámbito penal.

A pesar de todo lo señalado previamente, el último tiempo la Corte Suprema ha comenzado a dar un giro en la discusión con diversos fallos en la materia. La Corte, sin desconocer la existencia del debido proceso en materia administrativa, se aleja de la anterior jurisprudencia y doctrina que acercaban de sobremanera los principios del derecho penal al administrativo sancionador (principalmente a través del artículo 19 N°3 de la Constitución), y ahora se señala que es la misma legislación general y supletoria administrativa, es decir, la LBPA y LBOAD, las que son fuentes del procedimiento sancionatorio.

⁴⁰ BERMUDEZ, Jorge. 2014. Derecho Administrativo General. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot. 280p .

⁴¹ CORDERO, Eduardo. 2012. El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Revista de Derecho UCV. Vol. XXV-N°2: 149p.

Este giro viene desde la sentencia N° 1079-2014 caratulado “Fisco de Chile con Dorr Zegers y otros” en la cual se señala que:

“Noveno: Que así, para resolver adecuadamente el asunto como ha quedado planteado, conviene dejar en claro que la decisión a través de la cual se manifiesta la potestad sancionatoria de la Administración es, no cabe duda, un acto administrativo.

Por otra parte, como bien es sabido, nuestro país carece de una normativa general sobre el ámbito sancionatorio administrativo, respondiendo la legislación, más bien, a un carácter sectorial.

Además, existe cierto consenso jurídico en cuanto a que la sanción penal y la sanción administrativa constituyen manifestaciones del ejercicio de un único poder estatal sancionatorio, el denominado ius puniendi estatal.

Sin embargo, dicha carencia legislativa y el común origen de ambas sanciones no autorizan para aplicar de manera automática las normas y principios propios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, sino que tal aplicación debe efectuarse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo en vista el legislador para optar por una u otra sanción, tal como lo reconoce el propio Tribunal Constitucional: ‘Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionatoria del Estado –el llamado ius puniendi– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral tercero del artículo 19’ (Sentencia Tribunal Constitucional rol N° 480, de 27 de julio de 2006) (...)” (lo subrayado es mío).

Posterior a este fallo, la Corte Suprema ha dictado más sentencias en el mismo sentido. Así es como ya la fuente del DAS va dejando de ser principalmente la Constitución y el derecho penal, dándole mayor importancia a las leyes generales y supletorias. Los profesores Zúñiga y Osorio señalan que, posterior a esta primera época, analizada previamente, actualmente estaríamos entrando en una nueva fase del análisis del régimen sancionatorio:

“Sin embargo, en la actualidad es posible divisar una segunda época o etapa en el análisis del derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia de la Corte Suprema, y es el surgimiento de un examen del derecho administrativo sancionador bajo la óptica de las reglas generales del derecho administrativo, con énfasis en un control de legalidad del acto administrativo sancionador y de sus aspectos adjetivos o procesales.

Lo interesante es que la Corte Suprema ya no acude a los principios generales del derecho penal para resolver las controversias de la sanción administrativa, y opta por examinar los expedientes sancionadores y los actos administrativos terminales, absolutorios o sancionadores, bajo la óptica tradicional de la revisión de la legalidad, sujeta a los siguientes criterios, que se pasarán a analizar.”⁴²

2.3. Relación con el Derecho Administrativo Común. Criterio decisivo: La Sanción Administrativa.

El DAS es una rama del derecho administrativo, pero ¿Qué es lo que la hace diferente? ¿Cómo nace esa diferencia? ¿Por qué se hace esta distinción? La respuesta a estas interrogantes es una: La sanción administrativa. Esto es lo que hace diferente al DAS toda vez que ella es la que hace que esta rama del derecho sea considerada una expresión del ius puniendi estatal (y con eso todas las consecuencias que esta calificación trae).

Primero, es importante ubicar este concepto. Siguiendo lo anteriormente expuesto en este trabajo, la sanción administrativa vendría estando en un punto intermedio entre las sanciones penales y los denominados actos desfavorables de la Administración. Se diferencia del primer concepto en que el procedimiento aplicable es de naturaleza administrativa y no judicial, además de aplicársele normas y

⁴² ZUÑIGA, Francisco y OSORIO, Cristóbal. 2016. Los criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Año 14, N° 2: 462p.

principios distintos. La sanción administrativa es una institución de derecho administrativo, no de derecho penal (a pesar de tener aspectos de ella).

Más difícil es separar las sanciones administrativas de los actos desfavorables de la administración, ya que no existe en Chile una ley que haga claramente esta distinción. Ambos son actos que emanan de la Administración, dirigidos contra un particular y que causan perjuicio. Por esta razón el trabajo de diferenciarlos ha sido principalmente doctrinario y jurisprudencial. Así es como, en opinión de algunos autores, el acto de la Administración que se cataloga como sanción administrativa es aquel que es consecuencia de una conducta ilícita y que tenga una naturaleza represiva⁴³. Con esto la sanción administrativa se asemeja bastante al concepto de sanción penal, pero con la diferencia que está inserta en el área del derecho administrativo. Por esto no serían sanciones administrativas, por ejemplo, las expropiaciones, porque no son consecuencia de un hecho ilícito, o el negar un permiso de edificación, el cual tiene como finalidad, por ejemplo, dar cumplimiento a una ordenanza, lo cual no es un fin represivo.

Así, la sanción administrativa se puede definir como *“un acto desfavorable que afecta la esfera jurídica de un particular con una finalidad represora frente a una infracción o conducta ilícita”*⁴⁴

Para otros autores, la sanción administrativa debe cumplir con ciertos criterios para ser catalogada como tal. En este sentido, el profesor Nicolás Enteiche, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y buscando dar con una definición más exacta del concepto, señala que la sanción administrativa en Chile se traduce en (A) *Un acto desfavorable*, (B) *emitido por un sujeto dotado de potestades públicas administrativas sobre otro, quien se encuentra sujeto a una regulación determinada*, (C) *antecedida de un procedimiento previo*, (D) *y cuya finalidad es la*

⁴³ CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador: Bases y Principios en el Derecho chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 32p.

⁴⁴ Op. Cit. 32p.

*represión de una contravención normativa, en atención a la protección de un específico bien jurídico, al que debe atender el organismo sancionador.*⁴⁵

Como se puede observar, la definición anterior es mucho más compleja. Adhiere más elementos que deben ser considerados para determinar cuando estamos ante una sanción por parte de la Administración. Interesante es que señala que esta debe estar precedida de un procedimiento previo, diferenciándola así de una simple manifestación de potestad pública, pero en las cuales se podrían aplicar actos muy desfavorables para la persona. También señala que debe existir un bien jurídico protegido, lo cual acerca la definición al concepto utilizado en el derecho penal. Así, una sanción debe tener como fundamento la protección de un bien jurídico protegido por la ley, ya que de no ser así puede ser declarada nula.

De ambos criterios se puede desprender que aún no existe acuerdo respecto a cuál sería la definición de sanción administrativa, solo existirían luces. Aun así, existen ciertos criterios que son siempre recogidos por la doctrina y jurisprudencia: es un acto que emana de la Administración, que es desfavorable a la persona y que es consecuencia de una conducta ilícita. En base a estos tres criterios nos guiaremos en este trabajo y, como se observara, gran parte de los actos terminales en el procedimiento administrativo migratorio pueden tener la naturaleza de una sanción administrativa.

2.4. Debido Procedimiento Administrativo Sancionador

Como hemos visto, el DAS es una rama del derecho administrativo que tiene como característica la aplicación de sanciones, lo cual lo hace diferente al derecho administrativo, acercándolo al derecho penal (aunque, insisto, sin ser parte del mismo).

Luego, y como esta área recibe influencias del derecho penal, difícilmente se puede hablar que los principios que lo forman son similares a los del derecho administrativo

⁴⁵ ENTEICHE, Nicolás. 2014. ¿Qué es una sanción administrativa en Chile? En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters. 10p.

general. El profesor Cordero Quinzaga señala que *“es de toda lógica que el régimen sancionador penal, más energético y grave en las sanciones que se adoptan, esté sujeto a una serie de formas y ritualidades que hacen más estricto el ejercicio de esa forma de potestad punitiva. En el escalón siguiente se encuentran las sanciones que aplica la propia Administración, sujetas a un sistema de principios y garantías más atenuados o matizados que se debe respetar en el respectivo procedimiento administrativo sancionador. Por último, existen una serie de actos desfavorables que emanan de los órganos de la Administración del Estado, pero que no constituyen sanción en sentido estricto”*⁴⁶.

Por esta razón es que el último tiempo, y basándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la doctrina ha comenzado a hablar de un debido procedimiento administrativo sancionador, diferenciándolo así del general *“el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración debe conformarse a un debido procedimiento administrativo sancionador”*^{47 48}.

El debido procedimiento administrativo sancionador proviene del debido procedimiento administrativo pero se diferencia de él en que el primero se acerca más al derecho penal. Por esto es que este concepto es mucho más garantista, en el sentido de que la persona que está sometido a un procedimiento administrativo con la posible consecuencia de una sanción necesita mayores garantías para defenderse frente al Estado.

De gran importancia es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, cuando se ha tratado de las garantías procedimentales, ha entendido un concepto amplio de

⁴⁶ CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 31p.

⁴⁷ ROMAN, Cristian. 2014. Notas sobre el Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters. 351p.

⁴⁸ Este concepto también ha sido recogido por otros autores, como Flavio Quezada quien señala que el debido procedimiento administrativo y debido procedimiento administrativo sancionador son distintos (Ver: QUEZADA, Flavio. 2017. Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880. Santiago de Chile. Editorial librotecnia)

jurisdicción, entendiendo por tales a todos los organismos que dispongan de potestad resolutoria sobre asuntos que puedan afectar a terceros:

Que, de lo razonado en los considerandos precedentes, fluye que los principios del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en la amplitud y generalidad ya realizada, se aplican, en lo concerniente al fondo o sustancia de toda diligencia, trámite o procedimiento, cualquiera sea el órgano estatal involucrado, trátase de actuaciones judiciales, actos jurisdiccionales o decisiones administrativas en que sea, o pueda ser, afectado el principio de legalidad contemplado en la Constitución, o los derechos asegurados en el artículo 19 N° 3 de ella, comenzando con la igual protección de la ley en el ejercicio de los atributos fundamentales. Además y de los mismos razonamientos se sigue que los principios contenidos en aquella disposición constitucional rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional⁴⁹ (lo subrayado es mío).

De la sentencia anteriormente expuesta fluye que, cuando se trata de debido procedimiento, el Tribunal Constitucional hace una diferencia entre el general y el que se enmarca en la potestad sancionadora del Estado, ya que respecto a este último la aplicación del artículo 19 N°3 de la Constitución debe ser mucho más rigurosa.

El Tribunal Constitucional también delimita la relación del debido procedimiento administrativo sancionador con el debido proceso penal, consignando que su aplicación debe ser siempre matizada: *“a la misma conclusión consignada en el considerando sexto de sujeción de la actividad sancionadora de la administración al principio de legalidad, ha de arribarse en virtud de lo prescrito en el artículo 19 N° 3 del Texto Fundamental. Como ha tenido oportunidad de establecer esta Magistratura, aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en*

⁴⁹ Considerando 17° en sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 437-2005.

algunos aspectos, ambas forman parte de una misma actividad sancionadora del Estado y han de estar, en consecuencia, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional que las limita en defensa de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”⁵⁰ (lo subrayado es mío).

Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional es bastante resistida por parte de la doctrina nacional. Los profesores Zúñiga y Osorio señalan que es muy importante la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema que busca las fuentes del procedimiento administrativo sancionador en la legislación administrativa y no ya en la Constitución o los principios generales del derecho penal, ya que justamente de esta forma se aleja del criterio que le da una naturaleza jurisdiccional a las resoluciones administrativas:

“Desde otra perspectiva dogmática, y que compartimos, se ha rechazado la extensión del derecho fundamental al debido proceso a los procedimientos administrativos, en los términos del artículo 19 N° 3, apelando al menos a dos razones. En primer término, a partir de una lectura histórico-jurídico, es posible señalar que la trasposición del debido proceso al procedimiento administrativo se ha debido a una utilización laxa del concepto de “órganos que ejercen jurisdicción” a las agencias administrativas que no se corresponde con nuestra tradición jurídica, sino a las formulaciones anglosajonas del debido proceso. En segundo lugar, la exigencia de debido proceso contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución y que comprende como una de sus garantías la existencia de un órgano imparcial e independiente, sólo se cumplen respecto de los órganos jurisdiccionales y no de los administrativos, los cuales, al impulsar estos procedimientos, son juez y parte en el conocimiento de un asunto. Finalmente, cabe señalar que en aquellos casos en los cuales la administración aplica sanciones, no lo hace a propósito de una supuesta facultad jurisdiccional, sino como la realización de una potestad administrativa de ordenación

⁵⁰ Considerando 8° en sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 479-2006.

*de la sociedad para el cumplimiento de las facultades públicas que le atribuyen la Constitución y la ley.*⁵¹

Así es como rescatan que la jurisprudencia se aleja de criterios ius-naturalistas para volver a aplicar derecho positivo. Esto es así, en opinión de los autores, ya que no existe normativa que nos remita a los principios del derecho penal y, como esta no existe, debemos tratar de resolver el problema en base a la legislación que tenemos disponible. Esta es también una gran diferencia con el procedimiento administrativo general ya que este si tiene fuentes claras, mientras que el debido procedimiento administrativo sancionador es una creación doctrinaria y jurisprudencial que busca dar solución a la problemática de no contar con una legislación especial en una materia que requiere tener un tratamiento especial, porque un administrado sometido al ius puniendi estatal requiere tener mayores garantías frente al Estado.

Por otro lado, la jurisprudencia administrativa ha entendido que respecto a las garantías de las personas en procedimientos sancionatorios, y ante la falta de norma especial, se aplican atenuadamente los principios:

*“Ahora bien, aun cuando en materia administrativa se admite cierta atenuación de los principios que limitan la potestad del Estado para aplicar sanciones, tolerando mayores grados de discrecionalidad, lo cierto es que de ninguna manera ello se podría traducir en la desaparición de tales principios, puesto que sería del todo ilógico que el infractor administrativo carezca de derechos y garantías que se reconocen al delincuente, o que el juez penal tuviera límites que no se apliquen al órgano administrativo sancionador.”*⁵²

Para finalizar hay que dejar, nuevamente, en claro que el debido procedimiento administrativo sancionador en ningún caso es igual al debido proceso penal. El DAS,

⁵¹ ZUÑIGA, Francisco y OSORIO, Cristóbal. 2016. Los criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Año 14, N° 2: 476p.

⁵² Dictamen de la Contraloría General de la Republica N° 28226 del año 2007.

a pesar de ser distinto al general, sigue siendo derecho administrativo y, por tanto, sigue obedeciendo a sus principios generales. El debido procedimiento administrativo sancionador vendría siendo un intermedio entre el debido proceso penal y el debido procedimiento administrativo pero, ante una duda, se debe optar por los principios del derecho administrativo general, toda vez que a estos principios es a los que obedece el procedimiento sancionatorio.

2.5. Contenido y Fuentes

El debido procedimiento en el marco de un procedimiento administrativo sancionador es un principio aún difuso. Recordemos que en Chile no existe una ley especial o particular sobre esta rama. A pesar de esto, siempre hay que tener presente que es parte del derecho administrativo y por tanto su contenido estará dado por la legislación vigente en esta materia. Así, el contenido vendría siendo muy similar al del debido procedimiento administrativo general, pero con ciertos matices que lo terminan por hacer único, acercándolo al debido proceso penal.

Así es como el profesor Cristian Román, basándose en la LBPA y en los principios del derecho penal señala que formarían parte del debido procedimiento administrativo el *principio a la defensa jurídica*, *b) de presunción de inocencia*, *c) de revisión judicial*, *d) el derecho a no autoincriminarse*, y *e) a ser sancionado dentro de un plazo razonable*⁵³. Por su parte Eduardo Cordero señala que son la existencia de un procedimiento administrativo previo, que a su vez debe estar regulado por ley y el derecho a defensa jurídica ⁵⁴ y, por último, señala que en estos procedimientos se debe presumir la inocencia del particular. ⁵⁵

Por otro lado Cristóbal Osorio, en su reciente Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, señala que, basándose en una tesis sobre análisis de

⁵³ ROMAN, Cristian. 2014. Notas sobre el Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters. 355p.

⁵⁴ CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 271-272- 273p.

⁵⁵ Op. Cit. 199p

las sentencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, serían parte de éste: El oportuno conocimiento de la acción, la existencia de un debido emplazamiento, la asistencia de un abogado defensor, la bilateralidad de la audiencia, entre otros.⁵⁶

Respecto a sus fuentes, la última jurisprudencia de la Corte Suprema, en cierta medida, ha terminado con la discusión de cuales serían, al reconocer que existe una fuente del derecho administrativo sancionador, y que esta son la LBOAD y, principalmente, la LBPA. Es decir, en ellas ya encontraremos lo necesario para dar sustento al procedimiento sancionatorio *“la actual jurisprudencia nos permite avanzar de simples afirmaciones a “principios generales” del derecho penal y constitucional en el derecho administrativo sancionador, al derecho estricto y legislado que debe guiar a las actuaciones administrativas, que son sus normas especiales o su derecho supletorio por excelencia, que es la Ley N° 19.880, que establece las Bases del Procedimiento Administrativo, y la Ley N° 18.575, que establece las Bases Generales de la Administración del Estado.”*⁵⁷

A pesar de lo anterior, esto no significa que la doctrina crea unánimemente que con esto basta. Hay autores que señalan que no serían suficientes las leyes generales del derecho administrativo y que los principios del derecho penal deben ser usados, dado lo especial de esta área del derecho *“A mi juicio, no es garantía de un debido procedimiento administrativo sancionador la aplicación supletoria de la ley N° 19.880, ya que, dado el carácter punitivo de este procedimiento, precisa estar inclinado hacia el garantismo, mismo que identifico con la aplicación de los principios de la persecución penal, con las matizaciones que sean del caso”*⁵⁸.

Finalmente, y en concordancia con la actual jurisprudencia de la Corte Suprema, hay autores que han señalado que la LBPA bastaría para garantizar un debido

⁵⁶ OSORIO, Cristóbal. 2016. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 130p

⁵⁷ OSORIO, Cristóbal y ZUÑIGA, Francisco. 2016. Los criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Año 14, N° 2: 477p.

⁵⁸ ROMAN, Cristian. 2014. Notas sobre el Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters. 354p.

procedimiento administrativo sancionador, pero que esta debe acomodarse a esta nueva área del derecho. Muy bien lo resume el profesor Quezada en su reciente libro sobre la materia:

“...dado nuestro Derecho positivo, es posible sostener que jurídicamente lo correcto resulta: (i) la Constitución reserva a la ley establecer las bases que han de regir a todos los procedimientos administrativos, incluyendo a los sancionadores; (ii) dichos procedimientos sancionadores tienen una modulación especial por derechos fundamentales reconocidos en la Constitución; (iii) dicha reserva legal ha sido agotada, respetando dicha modulación ius fundamental, en la LBPA; de manera que, se puede concluir, (iv) que la LBPA es una ley que respeta el debido procedimiento administrativo sancionador y que (v) las posibles especificaciones y adecuaciones de detalle corresponderán ser desarrolladas reglamentariamente como sistematizadas por la doctrina y jurisprudencia”⁵⁹(lo subrayado es mío).

Lo que el profesor señala, en resumen, es que la LBPA es aquella que contiene el debido procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, su interpretación debe ser sistematizada a los procedimientos administrativos sancionadores, porque este procedimiento obedece a criterios especiales contenidos en la CPR, que contiene los derechos que están en juego (interpretar la ley desde una perspectiva más garantista). Por esto, el autor concluye que quienes están en deuda no son los legisladores, sino que la doctrina y la jurisprudencia.⁶⁰

⁵⁹ QUEZADA, Flavio. 2017. Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880. Santiago de Chile. Editorial librotecnia. 70p.

⁶⁰ Ibid.

3.- Procedimiento Migratorio a la luz de la ley 19.880

3.1. Migración en el Chile de Hoy

3.1.1 Realidad actual de la migración en Chile

Chile, históricamente, ha sido un país con poca cantidad de migrantes. Entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX fue el último periodo de gran migración en nuestro país. Aun así, nunca se llegó a los niveles que tuvieron otros países americanos, como Estados Unidos o Argentina. Pero esta época es una excepción, lo normal siempre ha sido la poca cantidad de extranjeros en nuestro territorio.

Las últimas décadas, la realidad respecto a la inmigración ha cambiado. Durante este tiempo la cantidad de extranjeros que ha llegado a territorio nacional ha aumentado, llegando cada vez más turistas y, por sobre todo, mayor cantidad de extranjeros con la intención de radicarse en nuestro país.

Según las cifras presentadas por el Ministro del Interior don Andrés Chadwick y el Subsecretario del Interior don Rodrigo Ubilla, en la Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputados⁶¹, la cifra de extranjeros llegaría a la cantidad de 966.363 personas a fines de 2017⁶², lo que representa un incremento del 232% en relación al año 2014, en que la cifra era de 416.028 personas. Las mayores colonias de extranjeros en Chile provienen de países latinoamericanos; Perú, Colombia y Bolivia, en ese orden, son los países de los cuales provienen la mayor cantidad de inmigrantes.

Lamentablemente, a pesar de este gran cambio en la realidad, nuestra legislación sigue siendo la misma. Esto no tan solo es un problema desde el punto de vista jurídico, también lo es desde el punto de vista social. Lo antigua de nuestra legislación también genera problemas en el día a día de los extranjeros que desean regularizar su situación en Chile, ya que es una ley pensada en otra época, otra realidad, que produce que los trámites se extiendan innecesariamente, además de dejar muchos espacios a la arbitrariedad del Estado “*Chile no cuenta con una visa*

⁶¹ Sesión N° 2 del 03 de abril de 2018.

⁶² Cifra en base a estimaciones del DEM y Policía de Investigaciones.

que permita buscar trabajo a los migrantes que recién llegan al país. La persona que logra encontrar empleo sin una visa, puede llegar a esperar 150 días luego de firmado su contrato, para recién obtener el permiso de trabajo”⁶³

Sumado a los problemas procesales que genera la normativa, también la normativa genera problemas desde el punto de vista socioeconómico, ya que no es una legislación que considere las peculiaridades que enfrenta un extranjero en nuestro país, como que son personas sin redes de apoyo (no tienen familia o amistades en Chile) lo que produce que en casos de cesantía e incluso el lapso de tiempo que deben esperar hasta que se le otorgue el permiso de trabajo sean periodos de tiempo en que la persona queda en una situación extremadamente riesgosa.

Ejemplar sobre la precariedad que vive gran parte de los inmigrantes en nuestro país es la situación habitacional que enfrentan en Chile. Así, un Catastro Regional de Campamentos 2015 desarrollado por el Gobierno Regional de Antofagasta, registró que 59,8% de los habitantes en campamentos en la región son migrantes. En Santiago, la situación no es mejor *“Las condiciones habitacionales deplorables que enfrenta la población haitiana en Santiago(...) son significativamente peores que las de sus hogares en el país de origen. Ciertamente, este aspecto motiva las principales críticas que esta población dirige a la sociedad chilena, donde identifican discriminación y abusos en el mercado inmobiliario, especialmente hacia ellos como afrodescendientes”⁶⁴.*

A esto se le debe agregar el creciente racismo y descontento hacia la población migrante por una gran parte de la población nacional, quienes ven como una amenaza la llegada de extranjeros al país. Al respecto, el INDH señala que *“frente a la pregunta ‘¿Está de acuerdo con medidas que limiten el ingreso de los inmigrantes a Chile?’ , el 68,2% de la población responde de manera afirmativa, opinión que se acentúa de manera significativa entre las personas de menor nivel socioeconómico (69,9% en los segmentos D-E), los hombres (70,5%), las personas mayores de 35*

⁶³ SERVICIO JESUITA A MIGRANTES. 2016. *“07 razones para que Chile tenga una política migratoria con enfoque de derechos”*. 5p.

⁶⁴ OBERVATORIO IBEROAMERICANO SOBRE MOVILIDAD HUMANA Y DESARROLLO. 2016. *“Migración en Chile: Breve reporte y caracterización”*. 37p.

años —en especial las mayores de 65 años (76,1%)— y entre quienes residen en la macrozona norte del país (76,4%)”⁶⁵. Es decir, los chilenos/as no entienden la migración humana como un derecho inherente a la persona, sino como una situación que debe ser limitada por los supuestos riesgos que representarían los extranjeros para el país, como un menor acceso al mercado laboral por parte de la población local⁶⁶.

3.1.2 Breve historia de la Ley

Durante el siglo XIX se buscaba la llegada de cierto tipo de extranjeros para colonizar ciertas zonas del país. La primera gran ley de migración fue promulgada el año 1845, que fue la denominada Ley de Colonización, que promovía una migración selectiva, enfocándose en atraer inmigrantes europeos para que vivieran en determinadas zonas del país. Luego, con el pasar de los años, comenzó a regularse la inmigración no dirigida o espontánea. En la actualidad, el Estado ya no posee programas que busquen fomentar la llegada de determinadas personas o colonos y la migración es casi en su totalidad espontánea.

Pasaron muchos años hasta la dictación del Decreto con Fuerza de Ley 1953 y su reglamento, que crea el Departamento de Extranjería y Migración. El año 1959 se dicta la ley 13.353, la cual crea diversas clases de permisos para los extranjeros. Actualmente, la ley vigente es el Decreto Ley 1.094, del año 1975, dictada durante la dictadura del general Pinochet⁶⁷, la cual tiene como uno de sus principios rectores el de seguridad interior del Estado.

El año 1974 el gobierno crea un comité para reformar la legislación migratoria que unificara las anteriores normas en un solo cuerpo legal, simplificando la normativa. Al respecto, el informe N° 581 de 31 de octubre de 1974 del Asesor Jurídico del ministerio al Ministro del Interior, que remite el proyecto de Decreto Ley de

⁶⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2017. “*Manifestaciones de Discriminación Racial en Chile: un estudio de percepciones*”. 16p.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ No existe en la Biblioteca del Congreso Nacional una historia fidedigna propiamente tal de este Decreto Ley. Sólo hay oficios e informes entre diversos organismos del Estado sobre el avance del proyecto.

Extranjería, señala: “... existe una serie de dificultades, anomalías y deficiencias en el control de los extranjeros, derivadas fundamentalmente de la diversidad de organismos que han tenido injerencia en el manejo de las disposiciones legales y reglamentarias, sin que existiera en la materia una dirección centralizadora”. Sumado a lo anterior, en este mismo informe se señalan los objetivos de la modificación legislativa, entre los que destaca el “A) Cautelar el interés nacional y la Seguridad Interior del Estado”.

Así, la actual ley de extranjería reconoce y permite la inmigración, pero exigiendo una gran cantidad de requisitos al extranjero para que se pueda radicar en el país. La actual ley se sustenta en el principio de seguridad interior del Estado, tratando al extranjero como un posible enemigo, y un ser eventualmente peligroso para la estabilidad nacional (ver artículo 15 N° 1 del DL 1.094).

Este principio de seguridad interior del Estado no tan solo se ve en materia de derecho sustantivo, sino que también se observa en materia procedimental. Al respecto, es bastante ejemplificador de lo que se vivía en la época lo señalado por el Ministro del Interior respecto al proyecto, el cual expone porqué es necesario eliminar todo tipo de recursos judiciales de la ley: “*Los recursos de tipo judicial contra el decreto de expulsión y contra las resoluciones administrativas que imponen sanciones pecuniarias, haría impracticable a la autoridad gubernativa su labor preventiva y de supervigilancia de los extranjeros, sobre todo, en las actuales circunstancias en que se ha estado realizando un cometido encomiable en este sentido*”.

Después del retorno a la democracia la ley de extranjería ha tenido varias modificaciones, como la ley 20.430 sobre protección de refugiados y la ley 20.507, sobre trata y tráfico de personas. Se han dictado instructivos, se han elaborado planes nacionales (año 2008). Sin embargo la legislación sigue siendo la misma. Se han presentado tres proyectos para modificar la ley, durante los gobiernos de los presidentes Patricio Aylwin, Sebastián Piñera (primer mandato) y Michelle Bachelet (segundo mandato), todos sin éxito. El año 2017 la presidenta Michelle Bachelet presentó el último proyecto, pero, a pesar de que existe un acuerdo transversal

sobre la necesidad de modificación, nuevamente no tuvo éxito en su tramitación por las diferencias existentes entre los diversos sectores políticos.

3.1.3. El Derecho Migratorio Internacional

En los últimos años ha habido un explosivo aumento de la migración, no tan solo a nivel nacional, sino a nivel mundial. Esto ha generado que los diversos Estados comenzaran a discutir sobre cuáles son los derechos básicos que deben gozar estas personas que no son ciudadanas del país que las recibe.

Así, el Derecho Migratorio Internacional nace como forma de asegurar ciertas garantías básicas para los migrantes en el mundo, buscando que reciban un trato equitativo y no discriminatorio. Sin embargo, esto se debe complementar con el hecho de que la normativa internacional, a pesar de dar protección a los extranjeros, también reconoce la facultad de los Estados para expulsar extranjeros que no se adecuen a su normativa interna, así como también reconoce el derecho de los Estados a determinar cómo entregara los permisos de residencia y la ciudadanía. Por tanto sería un error pensar que el Derecho Migratorio Internacional solo reconoce derechos a los inmigrantes, también reconoce derechos al Estado que los recibe.

Nuestro país ha hecho parte de su ordenamiento jurídico diversos tratados internacionales que versan sobre esta materia, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre la migración en particular, están la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y los Protocolos contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Esta última establece los

derecho que gozan los trabajadores migrantes y sus familias, entre los que se encuentra el derecho a un debido proceso, el cual está consagrado en los arts 16 y siguientes.

Si bien existen muchos Tratados que protegen a los migrantes, estos en ningún caso dejan de reconocer la facultad de los Estados de determinar quienes ingresan, cómo y bajo qué condiciones a su territorio. Los Tratados más bien regulan los límites de estas facultades y, por sobre todo, que al momento que un extranjero se encuentre en el país goce de los mismos derechos que un nacional, que no se transforme en una especie de ciudadano de “segunda clase”. Así lo reconoce Naciones Unidas que, a través del Alto Comisionado de Derechos Humanos, señala “*El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio.*”⁶⁸ Y posteriormente lo complementa “*El consentimiento para la entrada puede otorgarse con sujeción a condiciones relacionadas, por ejemplo, con la circulación, la residencia y el empleo. Un Estado puede imponer también condiciones generales a un extranjero que se halle en tránsito. No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto*”⁶⁹.

La dificultad que nace es cómo se equilibra esa facultad de decisión sobre el territorio nacional que posee el Estado y los derechos inherentes a la personas migrantes en cualquier país del mundo. Los Estados modernos tienen un gran conflicto sobre cómo solucionar este problema, más aun porque, de no encontrar una respuesta adecuada, se pueden llegar a producir grandes vulneraciones de derechos esenciales, entre los que se encuentra el derecho a un debido proceso.

⁶⁸COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAD. 1986. “*Observación general No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos*”. Párrafo 5.

⁶⁹ Op. Cit. Párrafo 6.

3.2. Procedimiento administrativo migratorio

Para continuar con este trabajo, pasaré a exponer las principales características del procedimiento migratorio, el cual está contenido en el DL 1.094 y su Reglamento (Decreto N° 597 del año 1984 del Ministerio del Interior). Dada la antigüedad de la legislación, esta no contiene muchas normas sobre procedimiento administrativo, siendo más bien pobre su contenido respecto a temas procesales. Esto hace que sea difícil establecer etapas o reglas procedimentales claras en el procedimiento y es complicado hablar de un solo procedimiento, pues las variables son muchas.

Por esto, y para plantear de mejor forma este trabajo, dividiré el procedimiento migratorio chileno en 3 grandes áreas:

1. Procedimiento de ingreso al país
2. Procedimiento de otorgamiento de visas
3. Sanciones y recursos

A su vez, la LBPA, en su artículo 18, establece las tres etapas del procedimiento administrativo⁷⁰, lo cual, y por el principio de supletoriedad⁷¹, aplica respecto al procedimiento migratorio. Así dividiré cada procedimiento en sus fases de iniciación, instrucción y finalización.

3.2.1. Ingreso al país

Siguiendo el orden dado por la LBPA, este procedimiento se divide en tres etapas:

Solicitud

La solicitud se produce con la llegada del extranjero al puesto fronterizo, momento en que se formula la solicitud al funcionario encargado. Es una solicitud que debe formular la persona interesada, nunca de oficio.

⁷⁰ LBPA, artículo 18: “El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización.”

⁷¹ Más adelante se tratará con mayor profundidad el impacto de esta ley en el procedimiento migratorio.

La autoridad encargada del control fronterizo en nuestro país es Policía Internacional, que es parte de la Policía de Investigaciones de Chile. El artículo 10 del Decreto Ley 1094 entrega la responsabilidad de controlar las fronteras a la Policía de Investigaciones, señalando, también, quien detenta esta responsabilidad en caso de ausencia de los mismos.

La solicitud debe ser realizada en un paso habilitado, la persona no puede ingresar por cualquier sector de nuestra extensa frontera. Estos pasos son determinados por decreto del Presidente de la República.⁷²

Momento de instrucción

“Artículo 2°- Para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente decreto ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones.

Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales.”

Policía Internacional debe proceder a evaluar la solicitud de ingreso. Para que un extranjero pueda ingresar por territorio nacional debe, en resumen, cumplir con dos requisitos: 1.- Poseer pasaporte al momento de ingreso (o similar); 2.- No estar dentro de ninguna de las causales de prohibición de ingreso.

1.- Poseer pasaporte al momento de ingreso (o similar):

Artículo 45 del DL 1.094: Los turistas deberán estar premunidos de un pasaporte u otro documento análogo, otorgado por el país del cual sea nacional...

Artículo 8 del Reglamento de Extranjería: Tendrán el carácter de documentos idóneos, los pasaportes auténticos y vigentes, u otros documentos análogos que califique el Ministerio de Relaciones Exteriores, como asimismo, la documentación

⁷² Artículo 3° del DL 1.094: El ingreso y el egreso de los extranjeros deberá hacerse por lugares habilitados del territorio nacional, los cuales serán determinados por el Presidente de la República mediante decreto supremo, con las firmas de los Ministros del Interior y de Defensa Nacional.

que determinen los Acuerdos o Convenios suscritos sobre la materia por el Gobierno de la República.

La persona que desee ingresar a Chile debe hacerlo con un documento que acredite su identidad. La ley no pide que necesariamente sea un pasaporte, también puede ser un documento análogo. Así, los extranjeros que sean nacionales de países del MERCOSUR, de Perú, Ecuador y Bolivia, pueden ingresar a Chile sólo presentando la cédula de identidad de su país⁷³.

2.- No estar dentro de ninguna de las causales de prohibición de ingreso.

Para que un extranjero ingrese a nuestro país, la ley migratoria señala diversos criterios que determinan si se le concede o no el ingreso. Estos criterios están dados de forma negativa, es decir, si el extranjero cae en una de las causales señaladas por la ley, la autoridad no debe permitirle el ingreso.

El inciso final de artículo 16 contiene una norma importantísima, que faculta a Policía Internacional a determinar quienes pueden y quienes no pueden entrar al país:

“Las prohibiciones de este artículo y del anterior, serán aplicadas por las autoridades señaladas en el artículo 10 de este decreto ley”

Las normas sobre el control del ingreso otorgan una gran discrecionalidad a la autoridad encargada del control fronterizo. Así, señala casos en los cuales las personas no deben ingresar (norma imperativa) pero también señala casos en los cuales la autoridad puede decidir si ingresa o no el extranjero.

Por tanto, al momento del ingreso, la autoridad fronteriza tiene dos grandes tipos de normas: imperativas y discrecionales. En las primeras el funcionario no debe permitir el ingreso, de lo contrario estaría incumpliendo sus funciones. Mientras que en las

⁷³ Esto es por el Decreto 239 del año 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores que “Promulga el acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados”. El artículo 1 señala que los Estados parte acuerdan *“Reconocer la validez de los documentos de identificación personal de cada Estado Parte y Asociado establecidos en el Anexo del presente como documentos de viaje hábiles para el tránsito de nacionales y/o residentes regulares de los Estados Partes y Asociados del MERCOSUR por el territorio de los mismos”*.

segundas, esa decisión que queda al arbitrio de la institución. Como es una institución jerarquizada, esta decisión obedece a los criterios que señalen los superiores jerárquicos de Policía Internacional, los cuales, por la naturaleza misma de este tipo de directrices, pueden variar con gran facilidad.

El artículo 15 de la ley señala las prohibiciones de ingreso imperativas. A modo de resumen, se prohíbe la entrada a personas con ideologías “peligrosas”, personas que se dediquen a actividades ilícitas, gente que atente contra la moral y las buenas costumbres, condenados o prófugos de la justicia, gente que no tenga medios para subsistir⁷⁴, que anteriormente hayan sido expulsados, personas que sufran enfermedades que el Estado considera peligrosas, etcétera.

A su vez, el artículo 16 señala las normas facultativas o discrecionales. En este se señala que es facultad de la autoridad el poder negarle la entrada a menores, gente que haya sido condenada por simple delito o gente expulsada de otros países.

La gran excepción a esta etapa de instrucción viene dada por las visas obtenidas por el extranjero en un Consulado chileno en el extranjero o extranjeros que ya tengan visa en Chile, caso en el cual Policía Internacional sólo se debe limitar a comprobar la veracidad del documento.⁷⁵

Finalización del procedimiento

Finalmente, a la persona que ingrese a territorio nacional se le otorgara, por regla general, la visa para turistas en el mismo paso fronterizo por el cual entre al país (salvo que ya esté en posesión de otra visa):

Artículo 46.- Al momento del ingreso al país se otorgará al turista una tarjeta con la cual acreditará esta calidad mientras permanezca en Chile.

⁷⁴ El número 4 del artículo 15 es aquel que abre la puerta a que, en la práctica, se prohíba la entrada a aquellas personas que no vengan con dinero suficiente para subsistir. La cantidad de dinero no está determinada por la ley ni el reglamento, se podría decir que es una especie de ley penal en blanco, con la diferencia que el criterio lo fija un funcionario de la policía y no un juez.

⁷⁵ Hay extranjeros de ciertas nacionalidades que deben obtener su visa de turista en el Consulado chileno de su país de origen. *Art. 45 inc. 2 “...por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá establecer mediante decreto supremo, firmado por los Ministros del Interior y de Relaciones Exteriores, la obligación para los turistas de obtener un registro previo de sus pasaportes en el Consulado Chileno correspondiente o por quien lo represente”.*

Con esta visa la persona puede optar a otras que otorgan mayores beneficios, como un mayor tiempo de estadía en Chile o permiso para trabajar. Lo importante es que el extranjero debe siempre estar en posesión de una visa que autorice su estadía en el país.

La excepción a la visa de turista es el permiso para tripulantes, que permite a tripulantes de naves marítimas, terrestres o aéreas permanecer en el país como personas de paso.

3.2.2. Otorgamiento de visas

Las visas son los permisos que otorgan los Estados a los nacionales de otros países para simplemente estar en el territorio de un país o para poder radicarse en el por un tiempo determinado. Las visas pueden tener distintas duraciones y fines por lo que el tiempo, condiciones y requisitos de las mismas dependerán de su naturaleza. Lo único que es de la esencia de una visa es que otorga permiso a un extranjero para ingresar y permanecer en un país por un tiempo determinado.

El DL 1.094 las define en su artículo 5 como *“el permiso otorgado por la autoridad competente, estampado en un pasaporte válido y que autoriza a su portador para entrar al país y permanecer en él por el tiempo que determine”*.

En Chile las visas están reguladas en el DL 1094 y su reglamento 597 del Departamento de Extranjería y Migración. El artículo 18 del DL 1094 señala:

*“Artículo 18.- Los residentes oficiales y demás residentes sólo podrán ingresar al país premunidos de pasaporte u otro documento análogo **debidamente visado.**”*

Como vimos, el extranjero que llegue a un puesto fronterizo obtendrá, por regla general y si cumple con los requisitos establecidos por la ley, una visa de turista.

Solicitud

La solicitud de visas siempre operara a petición del solicitante. Para esto debe formular su solicitud por escrito, mediante un formulario que dispondrá de forma

gratuita el Estado, al Departamento de Extranjería y Migración, presentando toda la documentación requerida⁷⁶.

Esta solicitud se puede realizar siempre y cuando la persona se encuentre en situación regular en el país, es decir, con una visa previa vigente. En caso de no ser así, el procedimiento a seguir es distinto y debe primero resolver su situación de irregularidad.

Etapa de instrucción

El procedimiento para la obtención de las visas es similar en los casos de las visas temporarias, sujeta a contrato, estudiante y permanencia definitiva. Las personas deben enviar sus solicitudes al Departamento de Extranjería y Migración, acreditando cumplir con los requisitos que señala la ley y el reglamento. De cumplirse, se les otorgará la visa, mientras que de no hacerlo, no se les otorgará y se los sancionará.

En el caso de las visas de turista y de tripulantes, estas se otorgan en la misma frontera y el encargado de otorgarlas o denegarlas es Policía Internacional. El DEM se encarga de la tramitación de las visas o permisos cuando el extranjero ya se encuentre en territorio nacional. Por esto es que el encargado de prorrogar la visa de turista, en caso que a un extranjero le otorguen una visa de turista por menos de 90 días, es el DEM. Así también lo es de ampliarla por más de 90 días (el máximo es, en total, 180 días).⁷⁷

En el DL 1094, las visas se encuentran reguladas en el título I párrafos 4, 5, 6 y 7 y las divide en visa para residentes oficiales, otras visas, permanencia definitiva, visa de turista y tarjeta de tripulante, respectivamente. Si bien, permisos como la permanencia definitiva o la tarjeta de tripulante no son tratados por la ley como visas propiamente tales, para este trabajo las trataremos como una especie de visa más dado a que cumplen una función similar al del resto de la visas cual es permitir la

⁷⁶ Artículo 125 del Reglamento de Extranjería N°597.

⁷⁷ Artículo 44 inc 3 del DL 1.094: “*Los turistas podrán permanecer en el país hasta por un plazo de 90 días, prorrogable por un período igual...*”.

permanencia de un extranjero en Chile durante un determinado lapso de tiempo. Así, en Chile podemos señalar la existencia de:

1) Visa de turista (art. 44 y siguientes DL 1.094); 2) Visa sujeta a contrato (art. 23 y siguientes DL 1.094); 3) Visa Temporal (o visas temporarias, dado a que existen diversos motivos por las cuales se puede obtener⁷⁸) (art. 29 y siguientes DL 1.094); 4) Visa de estudiante (art. 27 y siguientes DL 1.094); 5) Visa diplomática u oficial (art. 19 y siguientes DL 1.094); 6) Permiso para tripulantes (art. 50 y siguientes DL 1.094); y 7) Permanencia Definitiva (art. 41 y siguientes DL 1.094).

Distinta es la situación, como señalamos anteriormente, de los extranjeros que obtengan sus visas en los Consulados chilenos. Ellos ya vienen con un permiso para ingresar y permanecer en el país. La autoridad encargada de esto es el Ministerio de Relaciones Exteriores y el procedimiento se realiza directamente en el Consulado respectivo. La persona debe cumplir con los mismos requisitos que si solicitara el permiso en Chile.

La ley no establece ningún tipo de plazo para la entrega de los permisos. Por esto, y ante la difícil situación en que queda un extranjero al no poder trabajar mientras se tramita su visa, el año 2000, el Ministerio del Interior dictó el Decreto N°2910 que autorizó que mientras la visa se este tramitando, el solicitante pueda trabajar (lo cual no obsta a que en el futuro se le pueda denegar la visa).

Finalización del procedimiento

La persona debe esperar a que se le otorgue el permiso mediante resolución del DEM para poder gozar de los benéficos o derechos que otorga. La sola solicitud no basta. Así también desde el momento en que la visa caduca la persona pierde inmediatamente todos sus beneficios.

La visa se otorga mediante resolución exenta del DEM. Esta se notifica vía carta certificada citando al solicitante a las dependencias del DEM o a la gobernación

⁷⁸ Estos motivos pueden ser desde ser hijo/a de un chileno/a o extranjero con permanencia definitiva, hasta ser una mujer extranjera embarazada. Respecto a las visas temporarias, el gobierno tiene libertad para crear nuevas especies de ella, como es el caso de la recientemente creada visa de responsabilidad democrática para ciudadanos venezolanos.

respectiva, para que se le estampe la visa en el pasaporte. Posterior a esto, el extranjero debe acudir a registrar su visa en Policía Internacional⁷⁹ para que, finalmente, se le entregue un RUN chileno y cédula de identidad en el Registro Civil.

El no otorgamiento de la visa también le será notificado, ante lo cual el extranjero puede recurrir según se señalará más adelante.

El extranjero, previo al vencimiento de su visa, debe siempre buscar la prórroga de la misma o solicitar un nuevo tipo de visa. En caso de que no haga nada quedará como irregular y se le puede aplicar una sanción, salvo que salga del territorio nacional en un plazo de hasta 30 o 60 días.⁸⁰

Acto administrativo de cierre

Es importante señalar que cuando un extranjero, tanto en el procedimiento de ingreso como en el de visas, realiza su solicitud comienza un procedimiento que culmina en un acto administrativo que puede ser positivo o negativo para la persona. Esta decisión que toma la administración se materializa a través de una resolución que se notifica personalmente o por carta certificada al interesado⁸¹.

La naturaleza de este acto final es de gran interés para este trabajo. El que un procedimiento administrativo pueda culminar en una sanción podría tener gran importancia para efectos del parámetro de debido procedimiento que se aplica a ese procedimiento. Por esto, las sanciones y recursos del DL 1094 serán tratados posteriormente.

⁷⁹ Artículo 52 del DL 1.094: “Los extranjeros mayores de 18 años, con excepción de los turistas y residentes oficiales, deberán inscribirse en los registros especiales de extranjeros que llevará el Servicio de Investigaciones, dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha de ingreso al país. Los extranjeros que ingresen irregularmente al país y a quienes se conceda en Chile una visación, deberán cumplir con la obligación mencionada en el inciso anterior, dentro del plazo de 30 días, contado desde la fecha del otorgamiento de la respectiva visación. Esta disposición no se aplicará a quienes obtengan una visación diplomática u oficial.”

Esta es otra expresión del principio de seguridad interior. El Estado, a través de la PDI, debe tener conocimiento de todos los movimientos del extranjero.

⁸⁰ Artículo 114 del Reglamento de Extranjería: Plazo de hasta 60 días en los casos de los extranjeros que sean titulares de visaciones de residencia por períodos de un año o más y de hasta 30 días en los demás casos.

⁸¹ Artículo 142 del Reglamento de Extranjería

3.3. La Sanción Administrativa en el Derecho Migratorio

El derecho migratorio tiene como una de sus grandes características la aplicación por parte de la Administración de diferentes tipos de actos dirigidos contra extranjeros o contra nacionales. Los actos de la Administración pueden ir desde otorgar una visa, negarla, multar a un extranjero, multar a una empresa o hasta ordenar el abandono de un extranjero de territorio nacional. Incluso, la Administración puede ordenar la expulsión por la fuerza de un extranjero del territorio.

Siguiendo con lo previamente señalado en este trabajo, cabe preguntarse cuando estamos ante un acto de la Administración que pueda ser catalogado como sanción y cuando es un hecho desfavorable.

En el segundo capítulo se señaló que no existe ley que determine cuando estamos ante una sanción administrativa, y la doctrina aún no logra un acuerdo. Por su parte, la jurisprudencia ha dado varios indicios sin tampoco llegar a una conclusión. A pesar de esto, si se puede señalar que existen puntos de acuerdo. Así, se puede señalar que una sanción es tal cuando es un acto administrativo, que es consecuencia de un acto ilícito y que es desfavorable.

En el derecho migratorio existe una gran diversidad de actos de la administración, muchos de ellos favorables, como lo son un otorgamiento de visa o un permiso de trabajo. Desfavorables serían aquellos que niegan permisos, aplican multas o las expulsiones. La pregunta esencial es determinar cuando estamos en presencia de un acto que sea consecuencia de un ilícito.

La propia doctrina nos da ejemplos de casos de actos con efectos desfavorables, que podría creerse que son sanciones, tales como una expropiación o la extinción de un acto administrativo por caducidad, ambas por no cumplir con el requisito de ser consecuencia de un acto ilícito. A estas se les suman los actos que, cumpliendo con este requisito, no tienen una finalidad represiva, como por ejemplo las medidas de restablecimiento del orden alterado por una conducta (como el cierre de un

establecimiento comercial por no tener permiso municipal)⁸². Siguiendo esta lógica, actos con efectos desfavorables en el derecho migratorio serían negar una visa o permiso, las revocaciones de permisos y la orden de abandono (no confundir con la expulsión).

De esta forma, las sanciones administrativas en el derecho migratorio son: la amonestación por escrito, la multa, la expulsión del país y la medida de privación de libertad.

3.3.1. Amonestación por escrito

Esta sanción se contiene en el artículo 72 del DL 1.094 y consiste en un llamado de atención a la persona que ha incurrido en alguna infracción migratoria. Es una sanción que se aplica como reemplazo de la multa, en caso de que el administrado no sea reincidente y sólo cuando la multa sea producto de trabajar sin autorización, residir sin autorización después de vencido su plazo de residencia y aquellos que no cumplan con lo establecido en el artículo 72 del DL 1094⁸³.

3.3.2. Multa

La multa es la sanción más común del derecho migratorio chileno y se aplica a prácticamente todas las infracciones consideradas menores, como trabajar sin permiso legal, contratar extranjeros sin permiso de trabajo o ser dueño de un hotel y dar alojamiento a extranjeros sin permiso de residencia. En general, pueden ser aplicadas a aquellas infracciones que no constituyen medida de expulsión o privación de libertad.

La multa puede ser modificada por una amonestación por escrito en los casos del inciso final del artículo 72 del DL 1.094 y en caso que no sea reincidente.

⁸² CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho chileno. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 34-35p.

⁸³ Obligación de registrarse, de obtener cédula de identidad y de comunicar a la autoridad, cuando corresponda, el cambio de domicilio o actividades.

Importante es destacar que el artículo 80 faculta al administrador a expulsar al extranjero del país, en caso de no pagar la multa en el plazo de 15 días hábiles,

3.3.3. Expulsión del país:

Es la máxima sanción del DL 1.094, y también la más característica. Esta sanción sólo puede ser aplicada a extranjeros, a diferencia de las anteriores que pueden ser aplicadas a nacionales.

Está regulada en los artículos 81 y siguiente del DL 1.094 y consiste en ordenar que se expulse a un extranjero del territorio nacional, mediante la dictación de un decreto supremo (decreto de expulsión) el cual viene con la orden directa del Presidente de la Republica⁸⁴.

Para la aplicación de esta sanción la norma no establece criterios determinados. Parece ser que la expulsión es la regla general en la ley ya que el Estado, a pesar de aplicar otras sanciones, siempre tiene esta opción. Es una sanción tremendamente fuerte y que no necesariamente se condice con la gravedad de las faltas. Por ejemplo, si a un extranjero se le vence su visa y no solicita su renovación, puede ser expulsado.

La medida de expulsión no tiene un procedimiento especial y lo único que se establece, en el artículo 90 del DL 1.094, es que la resolución se le notificará al afectado y que en caso de que éste no recurra en contra de la misma, se le deberá expulsar por la PDI. Sumada a la medida de expulsión, hay una prohibición de ingreso al país. Esta prohibición no tiene una sanción en años determinada, por lo que la cantidad de años de duración de la misma es a arbitrio de la autoridad administrativa.

⁸⁴ El Artículo 84 inciso primero señala *“La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes.”*

3.3.4. Privación de libertad:

El Decreto Ley 1.094 también establece sanciones de cárcel. Estas se aplican para las personas que ingresen de forma clandestina a Chile, es decir, sin pasar por un control fronterizo y también para quienes usen documentación falsa para efectos de entrar o salir de Chile.

El Ministerio del Interior o el Intendente actúan como víctimas en el proceso, representando al Estado, y ellos son los encargados de iniciar el proceso. Además contiene una interesante regla, que en este tipo de delitos el desistimiento de la víctima extingue la acción penal⁸⁵. Por todo esto y a pesar de que es el Estado actúa como víctima, no es un delito de acción penal pública (ya que en estos delitos no existe el desistimiento de la víctima como causal de término del juicio) y la política del gobierno de turno respecto a la migración será la que determine cómo actuara el Estado frente a estos ilícitos.

3.3.5. Recursos propios del DL 1.094

Contra estas sanciones, la ley migratoria chilena contiene dos recursos propios:

a. Recurso de reconsideración

Este es un recurso que se puede interponer en contra de las amonestaciones o multas que imponga el Estado y en contra de las revocaciones o rechazos a solicitudes de visas, ante la autoridad que aplicó la sanción.

El plazo es de 10 días⁸⁶, cuando es una reconsideración por amonestación o multa, y de 3 días cuando es por una revocación o rechazo de solicitud.⁸⁷ En el caso del primero, se debe consignar el 50% del monto de la multa. Este recurso va dirigido contra la misma autoridad que dicta la resolución.

⁸⁵ Artículo 78 del DL 1.094: “Las investigaciones de hechos constitutivos de los delitos comprendidos en este Título sólo podrán iniciarse por denuncia o querrela del Ministerio del Interior o del Intendente Regional respectivo. El denunciante o querrelante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal.

El Ministro del Interior o el Intendente podrán desistirse de la denuncia o querrela en cualquier momento y el desistimiento extinguirá la acción penal. En tal caso, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal dispondrá el inmediato cese de las medidas cautelares que se hubieren decretado.”

⁸⁶ Artículo 159 del Reglamento de Extranjería.

⁸⁷ Artículo 142 bis. Del Reglamento Extranjería.

Este recurso presenta dos grandes curiosidades. Una es el pago previo de parte de la deuda para poder recurrir contra la resolución. Este requisito, conocido como “*solve et repete*”, es muy discutido en nuestro ordenamiento nacional, ya que hay quienes señalan que sería inconstitucional. Una clara muestra de esta postura es la sentencia del Tribunal Constitucional que declaro inconstitucional el previo pago de la multa sanitaria para poder recurrir contra ella⁸⁸.

La segunda curiosidad es que solo el recurso de reconsideración por multa o amonestación es de rango legal⁸⁹, mientras que el recurso contra rechazos o revocaciones de permisos o visas es de rango reglamentario, además de otorgarse un plazo mucho menor para su interposición. Quizás esto es así porque las amonestaciones o multas pueden ser dirigidas contra nacionales, mientras que en el segundo caso los recurrentes siempre serán extranjeros, y esta ley se caracteriza por ser muy poco garantista con los no nacionales.

b. Recurso de reclamación por expulsión

Este es un recurso creado exclusivamente para situaciones de expulsión. La resolución que ordena una expulsión debe ser notificada personalmente al afectado⁹⁰, momento en el cual comenzará a correr el plazo de 24 horas que tiene para presentar el recurso ante la Corte Suprema.

La Corte Suprema deberá resolver “breve y sumariamente” el recurso en un plazo de 5 días hábiles. No existe una audiencia en la cual se pueda presentar prueba ni tampoco existen alegatos.

Este recurso, en la práctica, es muy poco utilizado. Así lo demuestran las estadísticas “*en el período 2010-2014 se presentaron únicamente 98 reclamaciones judiciales contra las órdenes de expulsión, y (...) en el 2014 se dictaron 2935 órdenes de expulsión, podemos concluir que apenas un 0.8% de las personas afectadas hicieron uso de este recurso judicial en aquel*

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 1345-2009.

⁸⁹ Artículo 79 del DL 1.094

⁹⁰ Artículo 90 del DL 1.094

año⁹¹. Como razones del escaso uso del mismo se pueden señalar lo breve del plazo de interposición, que el Tribunal competente es la Corte Suprema (dejando en desprotección a los extranjeros que residen en regiones) y que la asesoría legal en materia migratoria no es obligatoria, por lo que muchos extranjeros no conocen de esta vía.⁹²

3.3.6. Recursos contenidos en otras normas

a. Recursos de la LBPA

La LBPA establece diversos recursos que, por aplicación general, se utilizan en el procedimiento migratorio. Así, los recursos contenidos en la ley son los de reposición, jerárquico, aclaración y revisión. Estos recursos pueden ser interpuestos por el interesado ante la Institución correspondiente y según lo preceptuado en dicha ley.

Entre los cuatro recursos previamente citados quizás el más relevante, desde un punto de vista práctico, es el recurso jerárquico, el cual se interpone directamente ante el superior de la autoridad que dictó la resolución. La relevancia radica en que al someterse la decisión a un superior se puede tener una mayor certeza de cual es la postura del gobierno de turno respecto a determinados asuntos y esto finalmente uniforma las decisiones de aquellas autoridades de rango inferior. Por ejemplo, en el caso de un decreto de expulsión emitido por el Intendente de la Región Metropolitana el encargado de resolver un eventual recurso jerárquico es el Subsecretario del Interior, quien es el encargado de velar por la seguridad interna del país⁹³.

En la actualidad, estos recursos se han transformado en parte muy relevante del procedimiento migratorio, dado los escasos recursos en el DL 1094 y su reglamento. El problema es que no todas las personas tienen acceso al conocimiento necesario

⁹¹ LAWSON, Delfina y RODRIGUEZ, Macarena. 2016. El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derecho Humanos en Chile 2016. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. 226p.

⁹² Op. Cit. 225-226.

⁹³ Este es otro hecho que da cuenta de la importancia de la seguridad interior del Estado en materia migratoria.

para conocer estas vías, lo cual es de gran importancia en un procedimiento en el cual se juegan derechos tan básicos como la libertad de desplazamiento o al trabajo.

b. Recurso de amparo en materia migratoria

Otro recurso externo a la legislación migratoria pero que es muy relevante es el recurso de amparo, contenido en el artículo 21 de la CPR, el cual señala que *“Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre (...) El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.”*

Este recurso se regula en el auto acordado de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932 sobre tramitación y fallo del recurso de amparo que señala que este recurso *“tiende no tan sólo a garantizar la libertad de los ciudadanos para permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro o salir del territorio a condición de guardar los reglamentos de policía, sino también a sancionar a los que abusando de su autoridad o arrogándose facultades que no tienen, priven a las personas de uno de los más importantes derechos dentro de un país regularmente constituido”*.

Como señalan las normas citadas, este recurso está diseñado para proteger a aquella persona que vea amenazada su libertad individual y de tránsito (además de la seguridad individual), derechos consagrados en el artículo 19 N°7 de la CPR, lo cual lo hace mucho más útil que el recurso de protección. Además, el recurso de amparo es mucho más expedito y se puede interponer por cualquier persona en favor de aquella que se encuentre privada de libertad, dado lo informal del mismo.

Dada su naturaleza cautelar, el recurso de amparo se utiliza para restablecer el imperio del derecho, sin resolver de manera definitiva el conflicto. En el caso de

expulsiones de extranjeros ilegales, el imperio del derecho se restablece dejando sin efecto el Decreto de expulsión que se encuentra viciado.

Las principales razones por las que la Corte Suprema acoge los amparos se dan por violaciones a la libertad personal y seguridad individual, las que existen por una falta al debido proceso en las expulsiones, pero también por otros motivos, como la defensa de la familia, por la defensa de los derechos del niño o por la desproporcionalidad de la decisión⁹⁴ lo que abre más la posibilidad de defensa de los extranjeros ante arbitrariedades por parte del Estado.

3.4. ¿Cómo el procedimiento migratorio puede cumplir con un estándar de debido proceso?

La respuesta a esta interrogante, remitiéndonos al capítulo uno, es simple: aplicando al procedimiento migratorio, por el principio de supremacía constitucional, la CPR, en especial, el artículo 19 N°3 (por la interpretación extensiva del Tribunal Constitucional), la ley de LBOAE y, principalmente, en su carácter de ley general y supletoria de todos los procedimientos administrativos, la LBPA: “ *En la ley subyace la idea de dar preferencia a las aplicación de normas jurídicas especiales que regulen sobre procedimientos administrativos particulares, de forma que la LBPA solamente se aplique donde no existe ese procedimiento administrativo, o bien, donde el procedimiento administrativo especial adolezca de vacíos que puedan y deban ser integrados por la LBPA, para crear así un sistema procedimental completo, coherente y, en lo posible, sin contradicciones*”⁹⁵ (lo subrayado es mío).

Siendo todavía más específico, respecto a la aplicación de esta última ley al procedimiento migratorio, se ha señalado “*es de toda evidencia que dicha ley si se aplica al procedimiento administrativo migratorio (...) toda aquella regulación procedimental contenida en el Reglamento que no se remita a las normas de*

⁹⁴ MIRIAM HENRIQUEZ. 2014. El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013). EN: Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 1. 374p.

⁹⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. 2013. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la jurisprudencia de los Tribunales Chilenos. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 8p.

*procedimientos administrativos expresamente señalados en la Ley de Extranjería , y que sea contraria o que pugne con los principios de la LBPA no corresponde que sean aplicadas, debiendo ser esta última la norma procedimental que debe reglar el asunto.*⁹⁶

Sumado a lo anterior, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁷, como de la Contraloría General de la República⁹⁸, han señalado que la LBPA se aplica supletoriamente a todos los procedimientos administrativos.

Todo lo anteriormente señalado, siguiendo lo visto en los capítulos anteriores, tiene un detalle, que es determinar los casos en que existe sanción administrativa, ya que en estos casos el criterio a aplicar será distinto, pues pasamos a hablar de un debido procedimiento administrativo sancionador.

Como se vio, en el debido procedimiento administrativo sancionador, también se aplica, principalmente, la LBPA, pero la diferencia radica en qué tan garantistas debemos ser en su interpretación. La doctrina y jurisprudencia exigen que, al momento de aplicarse una sanción administrativa, haya que ser mucho más rigurosos con las garantías que tenga la persona sometida a un procedimiento administrativo. Por esto es de vital importancia señalar en qué casos la Ley Migratoria contiene sanciones administrativas, y en qué casos son hechos desfavorables. Así, cuando estemos en presencia de una posible sanción, la Administración deberá ser muy rigurosa, tomando en consideración no tan solo la LBPA y la legislación migratoria, sino que también la CPR y los tratados internacionales en la materia.

3.5. Procedimiento Migratorio bajo estándares de debido proceso

Después de determinar cuando se debe aplicar un debido procedimiento administrativo común y cuando uno que respete las reglas del administrativo sancionador, cabe preguntarse cómo es que esta aplicación se realiza.

⁹⁶ DELLACASA, Francisco y HURTADO, José María. 2015. Derecho Migratorio Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 80-81p.

⁹⁷ Considerando 15° sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 256-2009.

⁹⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 39.348 del año 2007.

Como se ha dicho, la legislación migratoria, al ser de naturaleza administrativa, está sometida a LBOAE y LBPA. Estas leyes, sumadas a la CPR y tratados internacionales, son las fuentes del debido procedimiento en materia administrativa, tanto para el derecho administrativo común como el administrativo sancionador.

Así, siguiendo con esta lógica, un procedimiento migratorio que cumpla con estándares de debido procedimiento es aquel que sea respetuoso con estas normas, aplicando, según sea el caso, más o menos estrictamente los principios.

En el caso de un procedimiento migratorio que no cumpla con los requisitos para ser catalogado de administrativo sancionador, deberá aplicar irrestrictamente los principios de la ley de procedimiento administrativo. Esto porque en esta norma se contiene el debido procedimiento administrativo, según lo explicado anteriormente en este trabajo. Una solicitud de visa, por ejemplo, debe cumplir con todos los principios del artículo 4 de esta ley, además de definir claramente las distintas etapas del procedimiento administrativo. Se debe dar especial énfasis al principio de contradictoriedad (art. 10), la prueba (art. 35) y los plazos (art. 25).

En el caso que sea un procedimiento migratorio que pueda ser catalogado como parte del administrativo sancionador, como vimos, los estándares cambiaran haciéndolo mucho más garantista y acercándolo al derecho penal. La Administración del Estado debe ser mucho más cuidadosa y estricta en la aplicación de sus normas.

Esto, en la práctica, debería traducirse en que, en casos que exista una posible sanción administrativa, la persona sometida al procedimiento tenga muchos más derechos y garantías frente al Estado. Es decir que, sumados a los principios que deben respetarse en todo procedimiento administrativo, se suma los principios del derecho penal. Como hemos visto, no porque una determinada garantía pueda ser aplicada a dos procedimientos distintos es que serán aplicados de la misma forma. Por ejemplo, en el caso del periodo de prueba, en un procedimiento administrativo, éste puede o no existir dependiendo de la necesidad (art. 35) mientras que en el derecho penal este periodo debe necesariamente existir. Esta diferencia radica en los principios que informan cada una de estas áreas del derecho. En el caso del

derecho administrativo existe una finalidad de bien público detrás de la actuación de la administración, lo que hace que esta no deba retardarse innecesariamente, mientras que en el derecho penal su finalidad es la protección de determinados bienes jurídicos, entre los que se encuentran los derechos del imputado, los cuales pueden verse gravemente afectados dada la envergadura de las sanciones penales.

Por esta razón es que, cuando existe la amenaza de una sanción administrativa, el Estado Administrador debe acercarse más al derecho penal y la apertura de un término probatorio debe necesariamente existir para que se respete el debido procedimiento administrativo sancionador. Así, otros derechos que deben ser resguardados obligatoriamente en caso de sanción en el derecho migratorio son: derecho a asistencia letrada, derecho a un traductor, derecho a asistencia consular y derecho a recurrir judicialmente de la sanción aplicada.⁹⁹

⁹⁹ Todo esto según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se verá más adelante.

4. Tratamiento del debido proceso en procedimientos migratorios por parte de la jurisprudencia¹⁰⁰

Como continuación de este trabajo, pasaré a analizar jurisprudencia reciente en materia de procedimiento migratorio y debido proceso, buscando mostrar cómo es que razonan los principales Tribunales de Justicia. Así, partiré analizando sentencias de la Corte Suprema, las cuales son principalmente en autos sobre recursos de amparo presentados ante medidas de expulsión; luego una sentencia por inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional; y, finalmente, veremos qué dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de procedimiento migratorio.

4.1. Jurisprudencia Corte Suprema

1.- ROL N° 2309-2015 de la Excma. Corte Suprema. Apelación de recurso de amparo.

Esta es una apelación de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago viendo un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano peruano, respecto de quien se decretó su expulsión por haber sido condenado el año 2010 por tráfico de drogas.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones no acoge el recurso fundado en que este se encuentra acorde a la legislación migratoria vigente, la cual, como vimos, permite la expulsión de extranjeros condenados por algún ilícito. En segunda instancia, la Corte Suprema revoca el fallo y acoge el recurso de amparo dejando sin efecto la medida de expulsión.

Este fallo de la Corte Suprema es muy interesante porque recuerda que la legislación migratoria está sometida a los principios básicos que informan el derecho nacional:

“3°...En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo

¹⁰⁰ Los subrayados en las citas de este capítulo son de mi autoría.

procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales.”

Complementando lo anterior, en el considerando siguiente: *“Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas del texto constitucional, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso”*

La Corte Suprema señala en esta sentencia que si bien la legislación migratoria permite la expulsión de extranjeros condenados, esto no significa que deba realizarse sin mayor análisis, no se puede olvidar que nuestro ordenamiento jurídico exige un debido proceso y que la decisión de la Administración debe estar debidamente fundada. En el caso en cuestión, el extranjero llevaba más de 17 años en el país y tenía una familia.

Sumado a lo anterior, es interesante el hecho de que la Corte rescata la aplicación de un “justo y racional procedimiento” ante sede administrativa, siguiendo con su doctrina de que este principio se aplica a todo órgano del Estado, en especial, aquellos que apliquen sanciones.

2.- ROL N°225-2016 I. Corte de Apelaciones de Arica, posteriormente confirmada por la Excm. Corte Suprema en rol N° 97646-2016. Recurso de Amparo.

Ante la Corte de Apelaciones de Arica se presenta recurso de amparo en contra de una medida de expulsión dirigida contra un ciudadano dominicano que entró por lugar no habilitado al país (un ingreso clandestino, el cual es un ilícito penal contenido en el DL 1.094). El ciudadano dominicano había, además, trabajado de manera irregular. Él

alega que fue víctima de una red de tráfico de personas y que no cuenta con antecedentes penales. El Ministerio Público, al conocer la denuncia, decide desistirse de la acción penal.

La legislación migratoria permite al Departamento de Extranjería expulsar a alguien en la situación del ciudadano dominicano. Sin embargo, la Corte de Apelaciones señala que esto no es suficiente, y que el actuar del Estado debe someterse a toda la legislación vigente. Así la Corte señala que a este ciudadano no se le ha respetado su derecho a un debido proceso desde que no se lo ha dejado ejercer su derecho a formular descargos:

“SÉPTIMO: Que, para que fuese procedente la medida de expulsión de autos, se hacía necesario haber observado respecto del recurrente el principio del debido proceso, el que no se satisface en la resolución cuestionada que únicamente se sustenta en una afirmación que no ha sido sometida a conocimiento y resolución del órgano correspondiente, lo que determina que la misma carezca de soporte fáctico y jurídico correspondiente”.

Así la Corte de Apelaciones de Arica en su sentencia, que posteriormente fuere confirmada por la Corte Suprema, afirma que ante una medida de expulsión la persona debe tener derecho a un debido proceso, y la expulsión no puede ejecutarse sin un procedimiento previo.

3.- ROL N° 17.132-2014. Reclamación de expulsión ante la Excma. Corte Suprema.

En esta causa un ciudadano alemán interpone recurso de reclamación ante el decreto de expulsión emitido por el Ministerio del Interior, el cual se encuentra contenido en el DL 1.094. En este se señala que se le expulsa del país por haber sido condenado por el delito de cómplice de sustracción de menores (este hombre había sido residente en la conocida ex Colonia Dignidad).

Este caso es muy interesante pues la Corte Suprema nuevamente reconoce la facultad que tiene el Ministerio del Interior, a través del Departamento de Extranjería,

de expulsar extranjeros, pero señala que esta debe ejercerse respetando las normas del debido proceso. Así la Corte, siguiendo con su doctrina, indica:

“6°... En el caso de la especie, aun cuando se trate de actuaciones de órganos que no ejercen jurisdicción, son exigibles los requisitos que garantizan un racional y justo procedimiento, lo que se concreta en el respeto a principios fundamentales destinados a proteger al individuo frente al poder estatal. El acatamiento al justo y racional procedimiento no depende de la mera voluntad de la autoridad administrativa, sino que constituye un mandato -y por tanto un deber- constitucional que debe cumplir cualquier órgano del Estado, en el ejercicio de sus potestades, sean regladas o discrecionales.”

También es destacable el presente fallo obliga a la Administración a fundamentar legalmente su decisión, afirmando que a pesar de que la legislación migratoria faculta a expulsar extranjeros del país, esta además debe someterse a las normas de rango legal superior, como son la Constitución:

7°.- “Que tales atribuciones conforman una herramienta de la autoridad administrativa que se caracteriza por otorgar un margen acotado de libertad para decidir de una manera u otra, pero no obstante ello, jamás puede invocarse para encubrir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, pues por aplicación del artículo 6° de la Constitución Política de la República, la autoridad está obligada a respetar todas las normas de superior rango, entre las que se incluye el derecho a la libertad personal y al debido proceso.”

Y también debe someterse a la legislación administrativa:

“La Constitución Política, en su artículo 19 N° 26, dispone que sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar una afectación en el ejercicio de derechos fundamentales y en tal caso, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad administrativa que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace “deberán siempre expresarse”, de acuerdo al inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos.”

Finalmente, también a los Tratados Internacionales en la materia:

“8°.- Que, el Derecho Internacional Humanitario ha fijado ciertos parámetros sobre los cuales los Estados deben ejercer su potestad en relación al ingreso y permanencia en el país de un extranjero. Así, aunque el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él, correspondiendo a cada Estado Parte decidir a quién ha de admitir en su territorio, su artículo 13 dispone que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”

4.- ROL 7080-2017 de la Excma. Corte Suprema en apelación de sentencia en recurso de amparo.

Esta es una sentencia recaída en una apelación de un amparo presentado contra una resolución que ordenaba la expulsión de un ciudadano italiano, la cual fuere rechazada en primera instancia, mientras que en segunda instancia la Corte Suprema decide acogerla. Lo interesante de este caso es que, además de lo reciente del mismo, tomó gran notoriedad pública pues el motivo de expulsión de esta persona fue que promulgaba ideas anarquistas, por lo que, según el artículo 15 número 1 del DL 1094, puede ser expulsado del país por el Ministerio del Interior.

La Corte Suprema termina por desestimar la resolución de expulsión, no porque la Administración no tenga la facultad de expulsar a alguien por su ideología política (cosa que es difícil de negar cuando la ley expresamente lo autoriza) sino porque la Administración debe fundamentar su decisión, además de otorgar el derecho a la defensa, cosa que en el presente caso no ocurrió:

“6° Que en el escenario descrito, resulta que la resolución que motiva el recurso, carece de motivación fáctica, transformando el acto administrativo, en una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar al afectado posibilidad alguna de ejercer sus defensas, lo que resulta inaceptable en cualquier actuación de la Administración Pública.”

5.- ROL N°1438-2015 de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, posteriormente confirmada por sentencia ROL N° 15.536-2015 de la Excma. Corte Suprema.

En este caso se deduce recurso de amparo a favor de un ciudadano peruano respecto del cual se dictare orden de expulsión por ser condenado por tráfico de drogas. Ante esta situación se presenta un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La sentencia de esta Corte es interesante pues se reconoce que el procedimiento migratorio debe someterse a la LBPA y a sus principios. Al respecto, señala:

“Quinto: Que, como premisa ha de asentarse que la atribución que se reconoce a la autoridad recurrida en el artículo 17 ya reproducido, reviste la naturaleza de facultad o prerrogativa, la que, como tal, debe ser ejercida en el marco de la razonabilidad y coherencia que se exige por la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos del Estado, a las entidades como la de que se trata, de modo que bajo ese prisma debe examinarse la actuación contra la que se recurre.

Sexto: Que, en ese orden de ideas, cabe destacar que el Decreto que ordena la expulsión del recurrente no se ciñó a ninguna de las bases que establece la citada Ley N° 19.880. En efecto, no se aplicó el principio de contradictoriedad, esto es, no se permitió al afectado aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio; no se respetaron los principios de transparencia y de publicidad, de manera de permitir y promover el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptaron en contra del amparado; asimismo, ninguna de las

premisas consagradas en el artículo 17 de la citada Ley aparece materializada en la dictación del Decreto de que se trata, esto es, no se puso en conocimiento del extranjero que se tramitaba en su contra dicha orden de expulsión, ni tuvo oportunidad de formular descargos ni de rendir pruebas.”

Sumado a lo anterior, la Corte Suprema confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones, y agrega que previo a dictar una resolución de expulsión, se debe realizar el procedimiento administrativo correspondiente, lo que da cuenta de que aunque la legislación migratoria no cuente con un procedimiento propio, este debe regirse por las normas generales y supletorias. Así, señala:

“...resulta necesario que la autoridad administrativa, en forma previa a decretar su expulsión, lleve a cabo un proceso de carácter contencioso para la revocación o invalidación de tal autorización, en el cual se dé pleno respeto a las normas y principios que reglan los procedimientos administrativos, y cuya decisión venga precedida de la ponderación de todos los elementos vertidos en esta sede –arraigo familiar, gravedad del delito cometido, estado de cumplimiento de la condena, situación laboral, entre otros-, y que tienen relevancia a la hora de determinar el destino de la situación migratoria del extranjero.”

4.2. Sentencia Tribunal Constitucional en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Rol N° 2273-2012.

Esta es una sentencia en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad¹⁰¹ efectuado por un ciudadano haitiano que interpuso un recurso de protección contra el Ministerio del interior por una orden de abandono del país. Esta sentencia del Tribunal Constitucional es muy importante, ya que este no se limita a señalar si acoge o no la solicitud de declaración de inconstitucionalidad, sino que también analiza la forma en la cual debe ser interpretada la legislación migratoria.

El Tribunal en su sentencia da una cátedra de la historia de la legislación migratoria en el país, hablando también de los derechos humanos de las personas migrantes y

¹⁰¹ Se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 13, 64 N°2 y 67 inciso segundo del Decreto Ley 1.094. Se acogió respecto del inciso primero del artículo 13, respecto del resto se rechazó por empate de votos.

de los diversos tratados en la materia. Esta sentencia es tan compleja y completa que da para un análisis aparte, pero aquí me centraré en lo que dice relación con este trabajo, es decir, el cómo la legislación migratoria debe someterse a la legislación general, en especial lo que dice relación con el debido proceso:

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

CUADRAGESIMOTERCERO: Que las facultades del Ministerio del Interior, según ya vimos no sólo son pre-constitucionales sino que también pre-convencionales, resultando natural invertir el orden de las obligaciones para ajustar esta potestad estrictamente al artículo 5 inciso segundo de la Constitución. Por tanto, estas atribuciones ejercidas discrecionalmente, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, deben ajustarse a la condición de derechos que tiene un extranjero que ya ingresó legalmente al país y que sorteó los requisitos iniciales habilitantes contemplados por el legislador, según lo dispone la Constitución. Hay una dimensión inicial y propia de los flujos migratorios que se produce en escenarios de frontera y de controles administrativos. Sin embargo, resuelto el paso y el ingreso al país, se impone la lógica de la integración, esto es, el plano de los derechos de los inmigrantes a permanecer en el país. Esa discrecionalidad mayor del Ministerio del Interior se invierte y pasa, ahora, a ser predominante la óptica de los derechos fundamentales del extranjero, los cuales pueden ser limitados como todo derecho constitucional, bajo los test propios de igualdad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial de los mismos, según las reglas constitucionales generales.”

El Tribunal Constitucional señala que esta norma se sustenta en un criterio de seguridad nacional, pero que la interpretación de ella ahora debe ser distinta. Así, el Tribunal señala que si bien la legislación migratoria es discrecional y otorga diversas facultades al Estado respecto a los migrantes, ésta debe ser analizada, ahora, desde una perspectiva de derechos fundamentales congruente con la Constitución y los diversos tratados. En especial se hace énfasis al hecho de que estos últimos cuerpos legales se aplican en Chile a todos los residentes ya que su aplicación es territorial, por tanto, los derechos se reconocen de igual forma tanto a nacionales como a extranjeros.

4.3. Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha tratado en diversos fallos el tema del debido proceso en materia migratoria. En estas sentencias se ha centrado principalmente en el procedimiento de expulsión de extranjeros del territorio de un país, pero también abarca otras materias. En general, señala que el debido proceso se debe respetar en todo tipo de procesos, aunque hace énfasis en que los procedimientos de expulsión de extranjeros merecen especial atención por lo riesgoso de la situación y por los derechos humanos que se encuentran en discusión.

Así, la Corte ha fijado varios criterios en materia de debido proceso en procedimiento migratorio. Primeramente, señala que en todo tipo de competencia se debe respetar el debido proceso, entre ellos, el de naturaleza migratoria:

*“La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.”¹⁰²*

“Asimismo, la Corte ha indicado que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden

¹⁰² Párrafo 122 de la opinión consultiva sobre “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” del año 2003.

“civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.¹⁰³”

Posteriormente, va complementando esta idea, señalando:

“Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica también a la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda.”

Como dijimos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha tenido que resolver temas relacionados con expulsión de extranjeros de un determinado país, ha sido mucho más específica en determinar qué se entiende por un debido proceso, señalando las garantías que se deben respetar. Así, en el caso *Nadège Dorzema y otros VS República Dominicana*¹⁰⁴ del año 2012, señala:

163. En el mismo sentido, la Comisión de Derecho Internacional ha expresado que los extranjeros en situaciones como las del presente caso deben recibir las siguientes garantías procesales: i) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; ii) presentar razones en contra de las expulsiones; iii) asistencia

¹⁰³ Op.Cit. Párrafo 124

¹⁰⁴ En este caso, la Corte falla a favor de un grupo de haitianos expulsados de manera ilegal y arbitraria de República Dominicana. Los haitianos habían ingresado de forma clandestina al país vecino, ante lo cual un grupo de militares dominicanos dispara contra el camión que los transportaba matando a varios de los pasajeros. A los sobrevivientes se los expulsa del país.

consular; iv) derecho a estar representado ante autoridad competente; v) derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete, y vi) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión y recurrirla.

Sumado a lo anterior, hace un especial énfasis en la asistencia letrada y consular, señalando que son absolutamente imperativas en casos de expulsión de extranjeros:

“164. (...) Impedir a la persona sometida a un proceso administrativo sancionatorio de contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. Por lo tanto, en casos donde la consecuencia del procedimiento migratorio pueda ser una privación de la libertad de carácter punitivo, –como en el presente caso lo era la expulsión–, “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”.”

166. En este sentido, para garantizar los derechos del debido proceso de la persona extranjera detenida, la Corte ha indicado que deben asegurarse al menos tres elementos de la misma garantía: i) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la Convención de Viena, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 de la Convención; ii) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y iii) el derecho a la asistencia misma.

Los fallos de la Corte, como señalé, son de gran interés ya que ratifican que el procedimiento migratorio debe someterse a un estándar de debido proceso. Sumado a lo anterior señala que la expulsión, al ser una expresión del procedimiento administrativo sancionador, obedece a un estándar de debido proceso aún mayor, señalando que las garantías que se deben respetar en un procedimiento de este carácter son prácticamente similares a las de un proceso penal, dado que se está en presencia de una verdadera privación de libertad de carácter punitivo.

El asimilar el procedimiento administrativo de expulsión a una sanción penal es un punto de gran interés que genera la pregunta si es realmente el Estado Administrador el llamado a resolver las expulsiones del país o si esta facultad debería traspasarse al Poder Judicial. La inquietud está presente.

5.- Críticas y propuestas

5.1. ¿Es el procedimiento migratorio respetuoso del debido proceso?

En este trabajo se ha analizado el debido proceso y su relación con el procedimiento migratorio, llegando a establecerse que, para que el primero sea parte del segundo, hay que remitirnos hacia las leyes de aplicación general en materia de procedimiento administrativo, la CPR y tratados en materia de derechos humanos. En resumen, hay que buscar las normas fuera de la legislación migratoria.

La legislación migratoria es muy antigua por lo que se explica que en ella no se contuvieran principios relacionados con el debido proceso y, por otro lado, recordemos que la LBOAE y LBPA son relativamente nuevas. Esto se suma a que el debido proceso en materia administrativa es algo también muy nuevo, más aún en materia sancionatoria, donde es una creación principalmente doctrinaria y jurisprudencial.

Con todo lo señalado se podría señalar que si el procedimiento migratorio se somete a las leyes generales, este sería respetuoso del debido proceso. La problemática, sin embargo, es preguntarse si esto es suficiente y si no sería mejor tener una nueva legislación migratoria que tuviera al debido proceso como uno de sus principios fundantes.

Tener un principio tan fundamental para un Estado moderno como lo es el debido proceso tan difuminado entre distintas legislaciones no puede ser bueno. El espíritu de las LBPA y LBOAE es llenar vacíos que tenga la legislación más específica, pero esto no quiere decir que no se deban hacer más esfuerzos por perfeccionar esta legislación.

En la práctica, y como también lo muestra la jurisprudencia previamente expuesta, el Estado administrador ha cometido errores gravísimos en la aplicación de la normativa migratoria, violando constantemente los derechos de las personas extranjeras. Hay que recordar que gran parte de la legislación migratoria es aplicada por personas que no son expertas en derecho, principalmente funcionarios del

Estado y Policía Internacional. Esto es un gran problema, ya que difícilmente estos funcionarios van a conocer toda la legislación que puede llegar aplicarse en un procedimiento migratorio.

Por todo esto es que si bien en la teoría se podría señalar que la legislación migratoria si es respetuosa del debido proceso, en la práctica no es así. Los ex abogados del DEM, Francisco Dellacasa y José María Hurtado, critican la parte procedimental de la legislación migratoria, señalando respecto a ella que *“La ley y su Reglamento son extensas en requisitos pero pobres en la regulación explícita de procedimientos”*. Luego, mencionan que si bien la LBPA se debe aplicar de forma supletoria al DL 1094¹⁰⁵, en la práctica esto no ocurre. Al respecto, señalan que existen derechos del administrado que están contemplados en la LBPA que no se respetan, mencionando dos casos ejemplificadores¹⁰⁶:

1. Etapas del procedimiento migratorio (Iniciación, instrucción, finalización)
2. Plazos derivados de las etapas del procedimiento administrativo migratorio (plazos de instrucción y de dictación del acto terminal)

En la práctica la legislación general y supletoria no ha sido una solución *“la Ley de Extranjería no establece un procedimiento administrativo conforme a las normas del debido proceso, dejando amplio margen de discrecionalidad en la determinación de las sanciones aplicables (v. gr., art. 13). La normativa sectorial no regula la bilateralidad de la audiencia, presentación de pruebas, derecho a defensa, notificaciones y recursos. Aun cuando existe normativa supletoria en la ley N° 19.880, de Procedimiento Administrativo, la práctica ha consolidado vacíos en su aplicación, generando un importante nivel de desprotección en el ejercicio de los derechos del inmigrante.”*¹⁰⁷

¹⁰⁵ DELLACASA, Francisco y HURTADO, José María. 2015. Derecho Migratorio Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 77p.

¹⁰⁶ Op. Cit. 84 y sgts.

¹⁰⁷ BASSA, Jaime y TORRES, Fernanda. 2015. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. Centro de Estudios de Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 13, N°2: 117p.

De esta forma, más dramática es aún la situación en casos de procedimientos de expulsión, en donde por su naturaleza sancionatoria se requiere ser más rigurosos en la aplicación de los principios del debido proceso. Así las profesoras Dawson y Rodríguez señalan que *“el DL no establece un procedimiento, ni reglas a las que la autoridad deba ajustarse. Por el contrario, en algunos casos solo se indica que procederá la expulsión, sin más trámite y –en el marco de los procedimientos administrativos que concluyen en la expulsión de una persona– no existe una instancia de audiencia previa donde la persona afectada pueda ser oída”*¹⁰⁸ Así, las autoras complementan lo dicho señalando que *“En la actualidad, además de la falta de regulación, se infringen varias garantías mínimas del debido proceso como son la defensa técnica especializada, la provisión de intérpretes y traductores y la información sobre el aviso consular, entre otras.”*¹⁰⁹

Además, la legislación establece solo un recurso judicial, el recurso de reclamación, el cual tiene un plazo de interposición de solo 24 horas, lo que, como se analizó, en la práctica lo transforma en prácticamente inutilizable. Así, la mejor forma de recurrir ante órdenes de expulsión es el recurso de amparo.

Respecto a la aplicación supletoria de la LBPA, las mismas autoras realizan una investigación sobre la aplicación del recurso de invalidación contenido en el artículo 53¹¹⁰ de la citada norma. Lamentablemente sólo encontraron que la Intendencia de la Región Metropolitana aplicaba como correspondía la norma, dándole espacio a audiencias en las cuales se abre un pequeño espacio para la prueba. En el resto de las regiones esto no ocurría, probablemente por falta de conocimiento del

¹⁰⁸ LAWSON, Delfina y RODRIGUEZ, Macarena. 2016. El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derecho Humanos en Chile 2016. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. 224p

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ El Artículo 53 de la ley 19.880 dispone: *“La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada. El acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.*

administrado (ahí radica la importancia de que la asistencia letrada sea obligatoria) o del administrador. Por esta razón, concluyen que:

“el camino tomado por la Intendencia Metropolitana corresponde a una iniciativa notable, una muestra de cómo es posible, mediante una interpretación armónica de normas, incorporar algunas de las garantías del debido proceso al procedimiento administrativo de expulsión. Sin embargo, se trata de una posibilidad altamente incierta a largo plazo, pues solo ha sido posible su implementación por la reunión contingente de voluntades en el mismo sentido. Es allí donde radica también su mayor complicación, pues un cambio en las autoridades –con una posible opinión distinta en torno a la materia– podría implicar el término de estas audiencias.”¹¹¹

Por esto es que, tanto los sectores más conservadores como aquellos más “garantistas” señalan que la solución a esta problemática es un cambio legislativo que haga de la legislación migratoria verdaderamente respetuosa del debido proceso y no que el intérprete tenga que buscar en la legislación general y supletoria todas las garantías del extranjero sometido a un procedimiento. Esto sólo lleva a que esta legislación no sea aplicada en la práctica, tanto por desconocimiento del extranjero o porque el derecho administrativo es un derecho que depende de la política del gobierno de turno. Una situación tan delicada como a la que están sometidos los extranjeros en los procedimientos migratorios no puede depender de estos factores.

5.2. Propuesta: Hacia una judicialización del procedimiento migratorio

En este trabajo se ha hablado sobre el debido proceso (o procedimiento dado a que es en sede no judicial) en el procedimiento migratorio. Para ello hemos dividido este último concepto en dos grandes áreas, aquel procedimiento migratorio que obedece

¹¹¹ LAWSON, Delfina y RODRIGUEZ, Macarena. 2016. El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derecho Humanos en Chile 2016. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. 235p.

a las reglas del procedimiento administrativo general y aquel que obedece a las reglas de procedimiento administrativo sancionatorio.

El procedimiento administrativo sancionatorio, como se analizó, obedece a reglas muy particulares que lo acercan al derecho penal. En el presente trabajo se ha señalado las deficiencias que tiene el actual DL 1094, en especial aquella sección de la legislación migratoria de carácter sancionatorio, y por sobre todo, el procedimiento de expulsión.

En general, tener una nueva legislación migratoria ayudaría a simplificar las cosas con respecto al procedimiento, no teniendo que ir el funcionario encargado de su aplicación a diversos cuerpos legales para garantizar un debido procedimiento. Sin embargo, en el caso de expulsiones el trato que se le da al procedimiento debería ser distinto y no basta con tener una nueva legislación que establezca claramente un procedimiento, es necesario un cambio más profundo. Respecto a la evidente falta de debido proceso en los procedimientos de expulsión, la doctrina señala:

“la falta de determinación normativa de la regulación migratoria chilena en regulación del control migratorio, permite a las autoridades resolver los dilemas migratorios en base a la mera discreción y sin contar con el mérito de estándares objetivos. Ello, aparejado a la desproporción entre las faltas imputables a un migrante y las sanciones imponibles, y la carencia de recursos eficaces contra las medidas que implican la expulsión que integren la ponderación de sus derechos en el control migratorio, redundan en la carencia de un debido proceso como antecedente legitimador tanto de la sanción que se impone al extranjero infractor, como de la denegación a la entrada o de la autorización o renovación de su permiso de residencia”¹¹²

Sumado a lo anterior, recordemos que Chile tiene compromisos en esta materia a nivel internacional, dado los diversos tratados que ha suscrito en materia de derechos humanos, que hacen que sea una obligación para el Estado el garantizar

¹¹² DOMINGUEZ, Cecilia. 2016. Derecho chileno migratorio a la luz del Derecho Migratorio internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? Revista Chilena de Derecho. Vol. 43 N°1: 201.p

ciertos derecho a los migrantes “*Si bien la creación de la política migratoria y el trato que los Estados conceden a los extranjeros en sus territorios siguen siendo cuestiones sometidas al derecho interno, una cosa es hoy clara: dicha prerrogativa ya no es absoluta, por cuanto debe ser compatible con las obligaciones propias del derecho internacional, en especial, las que se refieren a los derechos humanos*”¹¹³

Así, en uno de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vistos en el capítulo anterior, esta señalaba:

*163. En el mismo sentido, la Comisión de Derecho Internacional ha expresado que los extranjeros en situaciones como las del presente caso deben recibir las siguientes garantías procesales: i) condiciones mínimas de detención durante el procedimiento; ii) presentar razones en contra de las expulsiones; iii) asistencia consular; iv) derecho a estar representado ante autoridad competente; v) derecho a contar con asistencia gratuita de un intérprete, y vi) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión y recurrirla.*¹¹⁴

Si bien la Corte no obliga a los Estados a que los procedimientos de expulsión sean de competencia judicial, permitiendo que sean en sede administrativa, por la gran cantidad de requisitos que establece para el procedimiento migratorio pareciera que esa fuera la idea. Por ejemplo, exige obligatoriamente la asistencia letrada, cosa que en sede administrativa es algo totalmente inusual, lo cual en la práctica termina por desnaturalizar el procedimiento administrativo ya que una de las bases de estos es la celeridad con que se debe actuar por su finalidad de servicio público.

Sumado a lo anterior, el Tribunal Constitucional establece, en la sentencia de inaplicabilidad Rol N°2273-2012, anteriormente analizada, que tanto extranjeros como nacionales tienen los mismos derechos. Por este motivo, y haciendo un análisis más profundo, lo correcto sería que, ante una situación que vulnera la libertad personales de un individuo, el encargado de decretar esa privación sea un Juez, y no un órgano administrativo.

¹¹³ Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2016. Informe Temático: Migración y Derechos Humanos. 82p.

¹¹⁴ Párrafo 163 en sentencia “Nadege Dorzema y otros VS República Dominicana” del año 2012.

El reciente fallo del Tribunal Constitucional sobre control de constitucional de ley que modifica facultades del SERNAC, ROL 4012-17, deja en claro su postura respecto a la necesidad de que el organismo estatal encargado de perseguir las infracciones administrativas no sea el mismo que las resuelva, además de establecer que las nuevas facultades que se le estaban entregando al SERNAC constituían actividad jurisdiccional. Si tomamos en consideración lo dañinas que son las sanciones en el derecho migratorio, y a que efectivamente aquí la administración actúa como juez y parte ¿No debería también ser declarado inconstitucional el procedimiento migratorio? Habrá que esperar para ver que resolverá el Tribunal Constitucional en caso de aprobarse una nueva ley de migraciones, pero este autor estima que si el referido proyecto del SERNAC fue declarado inconstitucional, un proyecto de nueva ley migratoria que no considere al menos el derecho a recurrir ante un juez, también debería serlo.

Respecto a un nacional sería impensado que esto ocurriera y todas las detenciones son autorizadas por un juez (antes o después del acto). Respecto a una expulsión del país, que es un acto mucho más vulneratorio para la libertad de un individuo, con mayor razón debería ser autorizada por un juez.

“En la práctica existe una evidente contradicción, pues donde la administración del Estado aplica una sanción de las de mayor gravedad se le entrega también la más alta discrecionalidad, sin que se establezcan condiciones que garanticen un debido proceso y con un mecanismo de control judicial que por las exigencias del mismo, se convierte en inoperante e ineficaz.”¹¹⁵

La única forma de asegurar una real igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros es que estos se apliquen de igual forma en ambos casos. No se trata de traspasar todo el conocimiento de los asuntos migratorios a un juez, pero si en aquellos casos en que estemos en presencia de un posible perjuicio de derechos

¹¹⁵ LAWSON, Delfina y RODRIGUEZ, Macarena. 2016. El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derecho Humanos en Chile 2016. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. 237p

fundamentales, debería existir una vía para acceder a un juez especializado en la materia.

La ONU no ha estado ajena a este debate, y en sus observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile en materia de derechos humanos, le recomienda al Estado chileno:

“23. El Estado parte debe asegurar a las personas sujetas a procesos de deportación el ejercicio efectivo de su derecho a ser oídos, a contar con una representación adecuada y el plazo adecuado para interponer recursos contra las decisiones de expulsión.”¹¹⁶

Lo segundo es que, si bien actualmente existen vías para acceder a una revisión judicial, como lo es el recurso de amparo, esta es una vía excepcional y no puede ocurrir que se transforme en el recurso ordinario para recurrir ante este tipo de resoluciones, dado a que ese no es el fin del recurso de amparo. Además su existencia tampoco es una justificación para no crear un procedimiento propio.

El hecho que la Administración sea el órgano encargado de conocer estos asuntos y no un juzgado es también inconstitucional. La expulsión del país es una sanción similar e incluso más dañina para la libertad de las personas que la pena de cárcel, por lo que no se entiende como la competencia está dada a la autoridad administrativa sin que, al menos, exista una real instancia de revisión judicial. Así también opina el Tribunal Constitucional, que ya ha declarado la inconstitucionalidad de otras normas bajo el mismo criterio:

“...se trata de un verdadero apremio ilegítimo, al importar una pena privativa de libertad impuesta por la vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación”¹¹⁷

Por último, en la práctica existen en Chile modelos en los cuales se aplica lo anteriormente propuesto, es decir, el traspaso del conocimiento de una controversia

¹¹⁶ Número 23 del informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre Chile del año 2014.

¹¹⁷ Considerando 22° en sentencia Tribunal Constitucional rol N° 1.518-09. Interesantes son también los considerandos 17°, 18° y 19°.

en sede administrativa a sede judicial. Los casos de los juzgados tributarios y medioambientales son ejemplos que se pueden seguir en sede migratoria, más aun teniendo en cuenta que los derechos que están en juego en un procedimiento migratorio son, muchas veces, más importantes (derecho a la libre circulación, derecho a la libertad).

Por esto es que en un nuevo proyecto de ley que modifique la actual legislación migratoria sería una gran idea la creación de vías ordinarias para que los extranjeros puedan someter a un juez el conocimiento de sus casos. A esto se le debe sumar aquellas garantías que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ordenado instaurar en este tipo de procedimientos. En un Estado de Derecho es eso lo que corresponde cuando derechos tan esenciales están en juego y, en opinión de este autor, es la única vía para asegurar un debido proceso en el procedimiento migratorio.

5.3. Proyectos de ley presentados en los últimos años

Proyecto presentado en el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera:

Lo obsoleta de la actual legislación migratoria es una verdad que pareciera no tener retractores. Todos los sectores políticos han planteado la necesidad de una nueva ley en la materia. Eso sí, las propuestas de cambio han sido diferentes. Así es como ha habido intentos de modificación, como el proyecto de ley presentado durante el gobierno del presidente Patricio Aylwin, el año 1993 y que finalmente fuere archivado el año 1997.

El presidente Sebastián Piñera, el 20 de mayo del año 2013, mediante el Mensaje Nº 089-361 que inicia un Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, dirigido a la Cámara de Diputados. Este proyecto plantea diversos cambios en materias de fondo, pero muy pocos respecto al procedimiento administrativo migratorio.

De este proyecto, interesante es lo señalado en materia de notificación, en donde los artículo 140 y siguientes del proyecto establecen criterios claros de notificación. Esto

vendría siendo un avance respecto a la actual legislación que no establece reglas claras en materia de notificaciones.

Otro punto que representa un avance respecto a la actual legislación son los recursos. El artículo 132 del proyecto señala:

“Recursos administrativos. Los extranjeros afectados por alguna de las resoluciones establecidas en la presente ley podrán interponer los recursos establecidos en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.”

Este vendría siendo un reconocimiento expreso del carácter general y supletorio de la LBPA en materia migratoria. Este reconocimiento expreso no es necesario desde un punto de vista doctrinal o jurisprudencial, pero sí es útil desde que ratifica este carácter y hace más fácil la interpretación.

También el proyecto aumenta de 24 horas a 48 horas el plazo para interponer el recurso de reclamación por expulsión, trasladando la competencia para conocer el asunto de la Corte Suprema a las Cortes de Apelaciones respectivas. Es un avance, aunque aún bastante insuficiente, pues 48 horas es un plazo en extremo breve. La Corte Suprema, en su informe del referido proyecto de julio de 2013, señala respecto a que este recurso se vea en única instancia, en su considerando 3°, que:

“De las modificaciones que la iniciativa legal plantea, merece especial análisis el establecimiento del recurso de reclamación en única instancia, en consideración a la afectación del derecho al debido proceso que produce la prescindencia del principio de doble instancia”

Además, la Corte Suprema critica que el recurso se debe ver de forma breve y sumariamente, alegando que a la Corte de Apelaciones se le debe mayor plazo para conocer más en profundidad el asunto en controversia.

Finalmente, lo más relevante en materia de procedimiento que contiene este proyecto, es que reenvía la regulación del procedimiento de visa al reglamento de la ley:

Artículo 28: Procedimiento. El procedimiento para acceder a los Permisos de Residencia o permanencia, incluyendo datos, documentos y plazos en que se deben presentar, así como los requisitos específicos para su obtención, serán establecidos en el reglamento de esta ley.

Es decir, el proyecto de nueva ley de migraciones presentado el año 2013 nuevamente no contiene un procedimiento migratorio. El único avance en esta materia son las notificaciones, pero en todo lo demás no existen mayores avances y la ley sólo remite el asunto a otros instrumentos legales, como la LBPA o el decreto respectivo.

Proyecto de Ley presentado por presidenta Michelle Bachelet

Durante el segundo semestre del año 2017, la presidenta de la República Michelle Bachelet, envió un proyecto de ley para una nueva ley de migración. Mediante el mensaje N°124-365 el día 21 de agosto de 2017 se presentó al Congreso esta iniciativa.

Como se ha señalado en este trabajo, la legislación en la materia es antigua y obsoleta. Este proyecto de ley, al igual que los anteriores, busca actualizar la normativa a los nuevos tiempos. El mensaje, justamente, señala lo obsoleta de la normativa actual *“su diseño en términos de categorías migratorias y a los procesos administrativos y requisitos necesarios para permanecer en el país desconocen los actuales fenómenos migratorios y la movilidad laboral impulsada por la integración económica entre países, los cuales demandan sistemas más flexibles y adaptables a una realidad en constante cambio”*¹¹⁸.

Este proyecto presenta diversas novedades y avances, como la consagración del derecho a la reunificación familia o la eliminación de la visa sujeta a contrato. Sin embargo, presenta aspectos que pueden desencadenar en problemas, como que respecto al procedimiento de otorgamiento de visas solo se limita a señalar que será

¹¹⁸ Mensaje del proyecto de ley. 8p

regulado en el reglamento, cuando debería tener consagración legal¹¹⁹. Este reglamento sólo será confeccionado una vez que se apruebe el proyecto, por lo que aún no se sabe como será el procedimiento.

A pesar de lo anterior, y centrándonos en la materia de este trabajo, uno de los aspectos más interesantes de este proyecto es la consagración de un procedimiento administrativo sancionador y el debido proceso. Este derecho está expresamente establecido en la norma, lo que constituye un tremendo avance en la materia:

Artículo 17.- Derecho al Debido Proceso. El Estado asegurará a las y los extranjeros un procedimiento e investigación racional y justo para el establecimiento de las sanciones contenidas en esta ley, de conformidad a los derechos y garantías que les confiere la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado y que se encuentren vigentes.

De hecho, en el mensaje que contiene este proyecto, la presidencia remarca que uno de los principales aspectos de esta nueva ley es el tratamiento del procedimiento administrativo sancionador y el debido proceso *“Este proyecto define un procedimiento administrativo sancionatorio claro, con resguardo del debido proceso, estableciendo parámetros precisos para hacer efectivas las sanciones en cada caso”*¹²⁰.

Así, el proyecto de ley regula el procedimiento administrativo sancionador en el título V sobre infracciones y sanciones administrativas. Justamente lo incluye en este título ya que el legislador entiende la necesidad de que exista un procedimiento previo a la aplicación de una sanción, el cual, además, debe cumplir con estándares de debido proceso.

El proyecto diferencia entre los procedimientos sancionadores generales y el especial en caso de expulsión. En ambos casos se establece un procedimiento

¹¹⁹ Artículo 57 del proyecto de ley *“El procedimiento para solicitar los distintos tipos de permisos, el lugar de presentación de la solicitud, documentos, plazos y pago de los derechos respectivos, así como los requisitos específicos para la obtención de los permisos, entre otras materias, serán establecidos en el reglamento de esta ley”*

¹²⁰ Mensaje del proyecto de ley. 15 p.

completo, con un término probatorio, lo que es un gran avance en materia procedimental. En los casos de expulsiones, las diferencias con el procedimiento general radican en que Respecto a las notificaciones la regla general es por carta certificada, salvo que la persona entregue otra forma de notificación. La excepción es la medida de expulsión, la que debe ser notificada personalmente.

Recursos

Los recursos son tratados en el título VII sobre medios de revisión administrativa del proyecto de ley. Este contiene diversos avances en la materia, además de varias curiosidades.

De gran interés es la regla del artículo 114, que limita los recursos a solo los que establece esta ley, ya que el ánimo del legislador parece ser no remitirse a la LBPA y otras normas de rango superior.

Posterior a estas reglas generales, se establece una diferencia, al igual que en el resto del procedimiento, entre los recursos que se pueden interponer en general contra cualquier resolución y aquellos que sean contra medidas de expulsiones. Así, contra las resoluciones que no sean expulsiones, se puede interponer un recurso de reposición pasado 5 días hábiles, desde la notificación, además de proceder el recurso jerárquico, en conformidad a la LBPA.

Respecto a los recursos contra las medidas de expulsión, establecidos en el párrafo 3 del proyecto, también se puede interponer la reposición administrativa y un recurso jerárquico. La diferencia es que ambos se deben interponer en un plazo de 10 días desde la notificación y que el recurso jerárquico es distinto al contenido en la LBPA, ya que se establece causales para otorgarlo, contenidas en el artículo 121¹²¹.

Finalmente y, siendo una nueva gran novedad, se establece un recurso judicial ante la Corte de Apelaciones respectiva. Este recurso se deberá interponer en un plazo no superior a 5 días y se verá, previa vista de la causa, dentro de los 30 días

¹²¹ 1.- Que la autoridad que dictó la orden es la competente; 2.- Que lo hizo conforme a las causales establecidas en la ley; 3.- Que no se haya incurrido en manifiesto error de hecho y; 4.- Analizar la existencia de nuevos antecedentes que permitan revisar la medida.

siguientes. El gran inconveniente que presente es que es en única instancia, lo que dificultaría una eventual uniformidad de criterios por parte de la Corte Suprema. También, y en relación al artículo 114 previamente analizado, cabe preguntarse si esta no es una forma de quitarle peso a los recursos constitucionales (recursos de protección y amparo), dado a que la Corte tendría otra vía para conocer del conflicto.

Indicaciones al proyecto de ley presentadas en el segundo mandato del presidente Sebastián Piñera

Durante el segundo gobierno del presidente Sebastián Piñera se retomó el proyecto de ley presentado en su primer gobierno, desplazando el proyecto de ley del gobierno de Michelle Bachelet. Así, el gobierno le dio urgencia simple al proyecto presentado el 2013, pero realizando una serie de indicaciones.

Así, las indicaciones presentadas el 09 de abril de 2018, formulan una serie de reformas al proyecto de ley. Revisaré las más importantes en materia de procedimiento. Primero, el proyecto de ley establece el derecho a un debido proceso en su artículo 16, norma similar a la que se establece en el proyecto de ley del gobierno de Michelle Bachelet. Además, el artículo 8 establece que la migración irregular no es constitutiva de delito. Sumado a esto, el artículo 17 inciso segundo asegura el respeto a los derechos humanos de todos los extranjeros, independiente de su condición migratoria:

“El respeto y promoción de los derechos humanos del migrante, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de los que son titulares los extranjeros con independencia de su situación migratoria.”

A pesar de todos estos derechos, la norma entra en evidente contradicción ya que entre las indicaciones se encuentra la posibilidad de realizar expulsiones de forma inmediata, sin acceso a un procedimiento previo. En efecto, el nuevo artículo 123 del proyecto establece un mecanismo de expulsión inmediata para extranjeros que sean sorprendidos ingresando al país eludiendo el control migratorio o usando documentación falsa. Esta medida atenta contra el derecho a un debido proceso ya

que se aplica una sanción sin derecho a un proceso. Tampoco hay una resolución en contra de la que acudir, queda al arbitrio de un funcionario que se encuentra en la frontera la expulsión de una persona. Sumado a lo anterior, al ser una expulsión, la sanción acarrea una prohibición de ingreso al país por un determinado tiempo. Las sanciones aplicadas son tremendamente duras y la persona no tendrá derecho a ninguna forma de defensa. De prosperar esta norma en el Congreso, va a ser un duro golpe a los derechos humanos de las personas migrantes.

Las indicaciones hechas por el actual gobierno generan una gran incertidumbre, ya que por un lado se establecen las expulsiones sin un proceso o procedimiento previo, pero por otro lado se establece que la migración irregular no es delito o que se debe respetar el derecho a un debido proceso. La autoridad deberá elegir qué camino seguir, ya que ambas normas parecen del todo incompatibles en un mismo ordenamiento jurídico. Este autor espera que el respeto al debido proceso que busca consagrar el proyecto de ley no sean solo letras y que en la práctica tenga aplicación y, la primera medida para ello, es que una nueva ley de migraciones no debe contener expulsiones sin un proceso previo.

Conclusión

El procedimiento administrativo es aquel mecanismo que permite a la Administración realizar aquellos fines que están determinados en la ley. Como vimos, este procedimiento, para llegar a esos fines, debe cumplir ciertos estándares. Entre ellos está, el que quizás sea el más importante de todos, el debido proceso.

El debido proceso es una institución muy antigua en el área del derecho penal. Es aquella institución encargada de garantizar derechos mínimos a los imputados. Tan importante es esta área que actualmente es recogida por diversos tratados internacionales y por la Constitución chilena.

Durante las últimas décadas el debido proceso ha tenido una expansión desde el derecho penal a otras áreas del derecho, entre ellas al derecho administrativo. Esta expansión se ha producido por la necesidad de protección del individuo frente a posibles arbitrariedades por parte del Estado. El arribo no ha sido pacífico, y ha generado diversas discusiones sobre cómo este concepto debe ser entendido en un área del derecho con principios tan distintos. Así, se señaló primeramente que en el derecho administrativo se debe hablar de debido procedimiento (y no proceso), que las fuentes legales son distintas y que, por tanto, las garantías contenidas en el debido proceso deben aplicarse de forma distinta a cómo se aplican en el derecho penal.

Así, y siguiendo con lo contenido en este trabajo, es cómo nos encontramos ante una de las instituciones que más debate genera en el derecho nacional, el derecho administrativo sancionador. Esta es un área que es parte del derecho administrativo pero que se acerca al derecho penal, dado a que ambas son expresiones del ius puniendi estatal. Por esta razón el autor cree que los derechos y garantías contenidos en el debido proceso penal deben aplicarse a procedimientos administrativo sancionadores, pero de forma matizada, y teniendo presente que la principal fuente legal de este procedimiento es la ley 19.880. De esta forma es como se puede proteger al administrado frente a posibles arbitrariedades en la aplicación

de las sanciones administrativas, las cuales pueden ser en ocasiones muy duras, tanto o más que las del derecho penal, tal como sucede en el derecho migratorio.

Posterior a eso expuse el procedimiento migratorio, el cual está contenido en el D.L. 1.094 (el cual se complementa con su Reglamento). La legislación en materia de procedimiento migratorio es muy básica y prácticamente no hay normas procedimentales por lo que, en la práctica, hay que remitirse casi por completo a la ley 19.880 y leyes de rango superior para dar cumplimiento a un debido procedimiento en esta área.

El derecho migratorio es una de las áreas en donde uno encuentra los mejores ejemplos de sanciones administrativas que pueden ser más duras que una sanción penal. El mayor ejemplo es la sanción de expulsión del país, ya que es tremendamente perjudicial para una persona por todas las consecuencias que le puede generar; romper lazos familiares, laborales, de amistad. A esto se le suma que existe una prohibición de ingreso al país por un periodo que es señalado arbitrariamente por la Administración. Estos procedimientos, al existir la posibilidad de una sanción administrativa, deben cumplir estándares de debido procedimiento administrativo sancionador, el cual es mucho más garantista con el administrado.

En este trabajo se ha planteado como, en la práctica, el debido procedimiento muchas veces no es respetado por la Administración. En el derecho migratorio el debido procedimiento cobra gran importancia por lo relevante de los derechos que están en juego. Es un área del derecho administrativo en donde la libertad del individuo está siendo evaluada y, por tanto, los estándares que debe cumplir ese procedimiento deben ser los más altos.

La legislación migratoria es criticada desde casi todos los sectores políticos. Una de las principales críticas que se le hace es la desprotección en que deja a los extranjeros, ya que el D.L. 1.094 no contempla derechos a los migrantes. Uno de esos derechos no contemplados es el debido proceso que, como se ha reiterado, es de vital importancia para en un Estado moderno.

Esta desprotección en la que se encuentra el extranjero es algo que atenta contra las bases mismas de nuestro ordenamiento jurídico ya que los derechos humanos no son derechos solo del ciudadano, sino que protegen a toda persona humana, no existiendo diferencia entre nacionales y extranjeros. La arbitrariedad que supone el garantizar derechos a los nacionales y no a los extranjeros es algo que también crítico el Tribunal Constitucional en el fallo analizado en el capítulo 4.

Por esta razón en este trabajo se propone que, dado el derecho y principio de igualdad que ordena todo el ordenamiento jurídico, en aquellos casos en que la libertad de circulación esté en entredicho, la legislación migratoria debería contemplar el acceso a un juez; asistencia jurídica y consular obligatoria; y a un intérprete, cuando sea necesario. Todas estas garantías deben ser las mínimas que debería contener una nueva legislación migratoria ya que, como señaló el Tribunal Constitucional, la Constitución se aplica territorialmente y por tanto los extranjeros que estén en Chile gozaran de sus los derechos en ella contenidos.

Lamentablemente, ninguno de los nuevos proyectos en la materia cumple a cabalidad con proteger como corresponde a una población tan vulnerable como la migrante. El actual proyecto de ley que el gobierno patrocina en el Congreso, a pesar de contener principios protectores de los extranjeros, contiene diversas normas que son bastante peligrosas para los derechos humanos de las personas migrantes. Este autor espera que, en caso de aprobarse el presente proyecto, el Tribunal Constitucional siga con la misma doctrina utilizada en el fallo en causa ROL 4012-17, el cual deja claro la inconstitucionalidad de que un organismo administrativo no sea persecutor y a la vez tribunal, ya que de seguir el mismo criterio la ley debería ser declarada inconstitucional. La promulgación del proyecto, de ser aprobado tal como está ahora, sería muy negativo para el colectivo de personas migrantes.

Bibliografía

1. ALEXY, Robert. 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Revista DOXA (5).
2. BASSA, Jaime y TORRES, Fernanda. 2015. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. Centro de Estudios de Constitucionales de Chile Universidad de Talca. Estudios Constitucionales. Año 13, N°2.
3. BERMUDEZ, Jorge. 2014. Derecho Administrativo General. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot.
4. BOCKSANG HOLA, Gabriel. 2006. El procedimiento administrativo chileno. Santiago de Chile. LexisNexis.
5. CEA, José Luis. 2012. Derecho Constitucional Chileno. 2° edición. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II.
6. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2016. Informe Temático: Migración y Derechos Humanos.
7. COLOMBO CAMPBELL, Juan. 2006. El Debido Proceso Constitucional. Santiago de Chile. LOM ediciones.
8. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAD. 1986. Observación general No. 15 relativa a la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
9. CORDERO, Eduardo. 2014. Derecho Administrativo Sancionador. Santiago de Chile. Thomson Reuters.
10. DELLACASA, Francisco y HURTADO, José María. 2015. Derecho Migratorio Chileno. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
11. DOMINGUEZ, Cecilia. 2016. Derecho chileno migratorio a la luz del Derecho Migratorio internacional: ¿Ceden los Derechos Humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? Revista Chilena de Derecho. Vol. 43 N°1.

12. ENTEICHE, Nicolás. 2014. ¿Qué es una sanción administrativa en Chile? En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters.
13. MIRIAM HENRIQUEZ. 2014. El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013). En: Revista Ius et Praxis, Año 20, N° 1.
14. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. 2017. Manifestaciones de Discriminación Racial en Chile: un estudio de percepciones.
15. LAWSON, Delfina y RODRIGUEZ, Macarena. 2016. El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derecho Humanos en Chile 2016. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales.
16. MACHIN, Macarena. 2013. Derechos Humanos y las personas en movimiento. Santiago de Chile. Observatorio ciudadano.
17. MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. 2010. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Santiago de Chile. Abeledo Perrot.
18. MATURANA, Cristian. 2015. Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento. Apuntes de Clases.
19. MORAGA KLENNER, Claudio. 2011. ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional? En Revista de Derecho PUCP N°67.
20. MORAGA KLENNER, Claudio. 2013. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la jurisprudencia de los Tribunales Chilenos. Santiago de Chile. Thomson Reuters.
21. MORELLO, Augusto. 1998. Constitución y Proceso: La nueva edad de las garantías judiciales. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot.
22. NAVARRO, Enrique. 2014. La potestad sancionadora administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters.

23. OSORIO, Cristóbal. 2016. Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Santiago de Chile. Thomson Reuters.
24. QUEZADA, Flavio. 2017. Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880. Santiago de Chile. Editorial librotecnia.
25. ROMAN, Cristian. 2010. El Castigo en el Derecho Administrativo. Revista Derecho y Humanidades N°16.
26. ROMAN, Cristian. El Debido Procedimiento Administrativo. Revista de Derecho Público V.71.
27. ROMAN, Cristian. 2014. Notas sobre el Debido Procedimiento Administrativo Sancionador. En: ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo. Sanciones Administrativas. Chile. Thomson Reuters.
28. OBERVATORIO IBEROAMERICANO SOBRE MOVILIDAD HUMANA Y DESARROLLO. 2016. Migración en Chile: Breve reporte y caracterización.
29. SERVICIO JESUITA A MIGRANTES. 2016. 07 razones para que Chile tenga una política migratoria con enfoque de derechos.
30. SOTO KLOSS, Eduardo. 2012. Derecho Administrativo. 3° edición. Santiago de Chile. Abeledo Perrot.
31. ZUÑIGA, Francisco y OSORIO, Cristóbal. 2016. Los criterios Unificadores de la Corte Suprema en el Procedimiento Administrativo Sancionador. Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Año 14, N° 2.

