

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 2273-12-INA SOBRE INAPLICABILIDAD DE NORMAS DEL D.L. N° 10.094 QUE ESTABLECE NORMAS SOBRE LOS EXTRANJEROS EN CHILE Y LAS MATIZACIONES DE LA ROL N° 2257-12-INA*

LILIANA GALDÁMEZ ZELADA**

Universidad de Talca - Chile

lgaldamez@utalca.cl

RESUMEN: Este trabajo analiza la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional en relación al inciso primero del art. 13 del D.L. N° 1.094, que regula la situación de los extranjeros en Chile. La norma fue dictada por la Junta Militar el año 1975. Revisaremos tres ámbitos de la sentencia, la invocación del DIDH y Derecho Constitucional como límite frente a los poderes del Estado; la formulación de un estatuto jurídico para los extranjeros que el Tribunal Constitucional enuncia y la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma preconstitucional y preconvencional por vulnerar derechos fundamentales. En la parte final revisaremos los criterios posteriores contenidos en la Rol N° 2257-12-INA.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo comenzó a escribirse en días posteriores a la dictación de la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 1° del artículo 13 del D.L. N° 1.094 de Extranjería Rol N° 2273-12-INA de 4 de julio de 2013. Casi terminado el análisis, apareció un nuevo fallo que se pronuncia sobre el mismo D.L. pero que no acoge la inaplicabilidad. Se trata de la sentencia Rol N° 2257-12-INA¹.

* Trabajo recibido el 2 de octubre y aprobado el 16 de octubre de 2013.

** Doctora en Derecho; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de Universidad de Chile; Profesora de Derecho Constitucional e Investigadora del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca.

¹ En la segunda sentencia los supuestos de hecho se refieren también a la orden de abandonar el país que se extiende a una ciudadana de origen haitiano. En este caso la requirente presenta un recurso de protección contra dicha orden y en seguida una inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de “tres preceptos reprochados –que ha permitido a la autoridad administrativa ordenar legalmente que la requirente abandone el país y que eventualmente permitiría, además, que los Tribunales Superiores aceptaren la respectiva orden

Desde los inicios de este comentario me pareció prudente no avanzar en conclusiones definitivas sobre el asunto. La segunda sentencia, dictada a inicios de septiembre de este año, confirmó mis prevenciones. Dejaremos para el final algunos comentarios sobre la última sentencia.

La sentencia que analizaremos en lo central de este trabajo es un *ave rara* en los criterios a que nos viene acostumbrando el Tribunal Constitucional. Se trata, en mi opinión, de una sentencia excepcional por tres razones. En el tema que venimos estudiando desde hace unos años –el valor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento interno–² la sentencia confiere a los tratados ratificados y vigentes acá invocados el poder de actuar como un límite frente a los poderes del Estado, los analiza como parámetro del control de constitucionalidad y en base a estos tratados y la propia Constitución propone un estatuto jurídico mínimo para los extranjeros. Es algo de verdad infrecuente, porque el Tribunal viene señalando desde hace tiempo que en esta materia prima el principio de deferencia con el legislador.

Se debe tener, además, presente que unos meses atrás el Tribunal había aclarado que los tratados internacionales estaban sometidos al principio de supremacía constitucional y por sobre la ley (sentencia sobre reforma a la Ley de Pesca Roles 2387-12CPT y 2388-12-CPT acumulados). No es lo que cambia en esta sentencia. Lo que parece se sigue abriendo paso, aunque sea un sendero todavía boscoso y sombrío, es una valoración diferenciada para los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se contienen en los tratados ratificados y vigentes. Estos derechos operarían como límite frente a los poderes del Estado, dando fuerza

de abandono– contraviene o no diversos derechos asegurados por la Constitución Política”. En este caso la requirente había presentado un contrato de trabajo falso y por esta razón se rechazó su visado. Ante un oficio enviado desde el Tribunal Constitucional al Ministerio del Interior, éste informó sobre el estado en que se encontraba la requirente: “Cabe consignar, respecto de la última medida decretada, que el oficio N° 22.035, de 20 de diciembre de 2012, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señala que la señora Sonia Fortilus, requirente en autos, es titular de visa temporaria por embarazo por el plazo de un año, la que fue otorgada mediante Resolución Exenta N° 87.375, de fecha 22 de agosto de 2012, dejándose sin efecto la Resolución Exenta N° 53.066, de fecha 12 de julio de 2011, en la cual se rechazaba su solicitud de visa y disponía su abandono del país en el plazo de 15 días. Se señala que, por ello, la señora Fortilus puede inscribir el nacimiento de su hijo en el Servicio de Registro Civil e Identificación, por su calidad de residente con visa temporaria, vigente hasta el 31 de agosto de 2013. Se indica asimismo que puede solicitar cédula de identidad para extranjeros y que, dado que su hijo nació en el territorio nacional y que doña Sonia Fortilus tiene la calidad de residente, éste puede ser inscrito como chileno”.

² GALDÁMEZ, Liliana (2011): *Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos* (Santiago, Librotecnia).

normativa al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución y desde nuestra perspectiva serían Constitución material.

La segunda cuestión que proponemos analizar es el razonamiento del Tribunal cuando extrae del *corpus iuris* internacional principios que le llevan a proponer el estatuto jurídico mínimo a que están sujetas las personas extranjeras acorde con los estándares internacionales en la materia.

Por último, además, el Tribunal declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma emanada de la Junta Militar *preconstitucional y preconvenacional* por vulnerar derechos fundamentales. Si bien la inaplicabilidad no priva de efectos definitivos a la norma, como sabemos, es sumamente interesante la valoración del Tribunal –que considero sobria– sobre legislación de la dictadura, al menos para el tratamiento de las personas extranjeras en nuestro país.

Por otra parte, quisiera insistir poner de manifiesto cómo un caso perfectamente encasillable en el clásico litigio de tutela de derechos fundamentales, en nuestro ordenamiento debe ser conocido primero por la jurisdicción ordinaria y luego por el Tribunal Constitucional a través de la inaplicabilidad. El camino para llegar al TC es largo. Se hace notar la ausencia de un mecanismo de tutela de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, para acceder a él sin rodeos, a través de un recurso directo.

Prevengo que sobre la invocación de los tratados en el ordenamiento interno, es mejor mantener la prudencia. En otras oportunidades el Tribunal Constitucional ha invocado tratados internacionales como parámetro del control de constitucionalidad pero en su jurisprudencia posterior ha sido más cauteloso e incluso ha omitido referirse a los tratados incluso cuando en ellos se desarrolla normativa pertinente y aplicable. Entiendo esta sentencia como una de aquéllas en que se deja sentir la otra alma del Tribunal. No es posible afirmar que a partir de ésta, se inicie una nueva etapa, aunque me atrevo a plantear que probablemente en lo sucesivo esta complicada convivencia continúe mostrando señales de tensión.

En la sentencia que comentamos el Tribunal Constitucional actualiza su posición en varias cuestiones e introduce adecuaciones en la configuración de nuestro sistema de derechos. En este comentario jurisprudencial, iremos recorriendo cada uno de los ámbitos que hemos apuntado.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

A. *Los hechos*

En el caso se discute es la constitucionalidad de algunas normas contenidas en el D.L. N° 1.094 (de 1975), que regula la situación de las personas extranjeras

en Chile y que consagra la discrecionalidad de la autoridad administrativa para ordenar la expulsión de los extranjeros.

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

A través de la inaplicabilidad se insta al TC a determinar si la aplicación de 3 normas del D.L. N° 1.094 que “han permitido a la autoridad administrativa ordenar que el requirente abandone el país y que eventualmente permitiría que los tribunales superiores aceptaran las respectivas órdenes de abandono, contraviene o no diversos derechos asegurados por la Constitución Política”.

El Tribunal señala que el Departamento de Extranjería y Migración actuó con negligencia al ordenar el abandono del país ya que no proporcionó información actualizada sobre la situación migratoria del recurrente, por lo que incluso éste debió recurrir al Consejo para la Transparencia y la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas y la Comisión Defensora Ciudadana. Agrega el TC que finalmente se dictó la resolución exenta N° 95.925, que revoca su visación de residencia y le ordena abandonar el país.

“Luego de las reseñadas negligencia y colaboración de órganos estatales, y teniendo en su poder la orden contenida en la resolución exenta N° 95.925, que revoca su visación de residencia y le ordena abandonar el país, interpuso un recurso de protección en su contra, el que constituye la gestión judicial invocada en estos autos...”.

Teniendo como base la resolución exenta N° 95.925, donde se revoca el visado de la recurrente, se interpone el recurso de protección. El requerimiento se acoge parcialmente y declara inaplicable el inciso primero del artículo 13 del D.L. N° 1.094 “—que establece que las atribuciones del Ministerio del Interior, para el otorgamiento y prórroga de visaciones, se ejercerán discrecionalmente, atendiendo a la utilidad o conveniencia que reporte al país su concesión”.

B. Los derechos vulnerados

La requirente considera que la expulsión vulnera el principio de igualdad y el principio de inocencia por no existir un proceso racional y justo. La Dirección del Trabajo había considerado que el contrato de trabajo del recurrente era falso, lo que dio origen a la orden de expulsión, sin embargo, considera que dicha orden no habría procedido en caso que se tratara del contrato de trabajo de un chileno. Esta desigualdad, considera, se ve agravada por no existir posibilidad de descargo ante la autoridad administrativa.

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

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

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

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

C. La norma impugnada y declarada inconstitucional

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

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

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

II. LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD ELABORADOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, LA CONSTITUCIÓN Y LOS PRINCIPIOS ORDENADORES DEL ORDENAMIENTO CHILENO EN RELACIÓN A LOS EXTRANJEROS

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

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

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

El tribunal hace referencia a las obligaciones contraídas por el Estado chileno en el marco de los siguientes tratados sobre derechos humanos: Convención de Ginebra de 1951 sobre Refugiados; art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2.3. Sin embargo, llama nuestra atención que el Tribunal no se refiera a la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005. No explica el TC las razones para no invocarla. Esta omisión se relaciona, en mi opinión, con la carencia de un tratamiento sistemático para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No existe conocimiento y difusión acabada de todos los tratados que en este ámbito Chile ha ratificado, el análisis de los derechos fundamentales a la luz de tratados se hace caso a caso, esta es una materia de histórica discusión. Se constata la ausencia de difusión de estos instrumentos, y esto sí que es un problema serio,

si efectivamente los derechos fundamentales deben interpretarse a la luz de los tratados internacionales.

Dicha carencia no es menor, conviene tener presente, además, el Informe del Comité de Naciones Unidas sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, cuyas Observaciones en Informe sobre Chile, de septiembre de 2011 se señala, “El Comité recomienda que el Estado parte adopte las medidas necesarias para que los trabajadores migratorios tengan oportunidad de interponer recursos de apelación contra las decisiones de expulsión, en particular la ampliación del plazo de presentación de recursos contra las decisiones de expulsión, y para que el marco jurídico que regula los procedimientos de expulsión/deportación se aplique adecuadamente”³.

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

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

Luego de una detallada revisión del histórico tratamiento de los extranjeros en el ordenamiento nacional, el TC opina que se ha superado la ambigüedad que limitaba los derechos fundamentales únicamente a los “habitantes de la Nación”, propia de la Constitución de 1833. Que dichos derechos se extienden a las personas extranjeras no sólo a las naturales sino también a las jurídicas. Que su límite se encuentra en el ámbito territorial y que en este ámbito sus derechos deben interpretarse a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴.

³ Informe del Comité de Naciones Unidas sobre Protección de Todos los Trabajadores Migratorios CMWC/CHL/CO/1, de 23 de septiembre de 2011.

⁴ “QUINCUGÉSIMO: Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2º de la Ley Nº 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales Nºs. 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y, finalmente,

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

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

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

El Tribunal centra su argumentación en el reconocimiento de la dignidad sin distinción consagrada en el art. 1º de la Constitución y exige mayor argumentación para introducir la “necesidad, justificación y finalidad en un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos” (considerando trigésimo). De esta manera, “las prohibiciones, como sería el impedimento expreso de ingresar al país, o las privaciones que se deducen de una regulación tan intensiva que impide el acceso al derecho mismo, deben tener una habilitación constitucional expresa. En cambio, las limitaciones se fundan en la Constitución y, normalmente, en apoderamientos al legislador bajo las reglas propias de la reserva legal y con las restricciones jurídicas que nacen del principio de proporcionalidad y del respeto al contenido esencial de los derechos” (considerando trigésimo).

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

Se trata en definitiva de un “nuevo estándar” dice el Tribunal, y en seguida elabora lo que será el estatuto de las personas extranjeras.

que el propio artículo 19 Nº 7 no apodera al Estado a configurar reglas de que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”.

III. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS

En seguida, otra cuestión excepcional en esta sentencia, es que el Tribunal desarrolla lo que considera constituye el correcto estatus de las personas extranjeras en Chile. Para esta elaboración el Tribunal trata de la misma manera y sin distinciones, diversos tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, cuya vigencia es anterior a la entrada en vigencia del D.L. N° 1.094 (Declaración Universal de Derechos Humanos suscrita por Chile el 10 de diciembre de 1948, merece la pena que en este caso estamos en presencia de una resolución de NU) y también posteriores a su entrada en vigencia, como ocurre claramente con la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Chile en 1990). El DIDH introduce limitaciones y redefine los contenidos del D.L. a la luz de los nuevos compromisos asumidos por el Estado.

El tratamiento sin distinciones para todos los tratados que inciden en esta materia es otra de las cuestiones que queremos resaltar en este comentario. En la medida que ellos modifican con su entrada en vigencia normativa previa, tienen por tanto el poder de modelar y transformar el derecho vigente y desde esta perspectiva claramente su jerarquía está por sobre la del D.L. en comento. Dichos tratados se constituyen en un parámetro para el control de constitucionalidad, se integran al ordenamiento interno y engrosan y complementan el catálogo de derechos contenidos en la Constitución.

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

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

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

Que una vez que se ingrese legalmente, el extranjero tiene todos los derechos como si fuera un nacional y las limitaciones a la libertad de circulación y residencia se rigen

por las disposiciones del artículo 12.3 del Pacto Internacional (Párrafo 6, parte final, de la Observación General N° 15 antes citada).

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

Que las reglas restrictivas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país “no debe(n) comprometer la esencia del derecho (...) no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. (...) Que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (Párrafos 13 y 14 de la Observación General N° 27 indicada)...

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

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

IV. UNA NORMA PRECONSTITUCIONAL NO ACORDE A LOS ESTÁNDARES DEL DIDH NI LA PROPIA CONSTITUCIÓN

En relación al artículo 13 del D.L. que confiere atribuciones discrecionales al Ministerio del Interior para otorgar y prorrogar visaciones y permisos de permanencia definitiva a las personas extranjeras previo informe de la Dirección General de Investigaciones, afirma el Tribunal:

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

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

VIGÉSIMO QUINTO: Que el Decreto Ley N° 1.094, de 1975, dictado en un período en que era hegemónica la teoría de los derechos de ingreso y salida de las personas bajo la óptica de la seguridad nacional, debe contrastarse a la luz del texto constitucional. Por tanto, esa condición de titular del derecho a emigrar de su país que tiene todo extranjero y del derecho a inmigrar que posee el extranjero estableciendo deberes correlativos en el Estado receptor, debemos verificarla en la preceptiva fundamental;

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

CUADRAGÉSIMO TERCERO: 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. ...

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

En mi opinión, más que tratarse el D.L. N° 1.094 de una norma preconven- cional y preconstitucional, es resultado de una legislación anómala, propia de la

ruptura del orden democrático, una normativa marginal que opera bajo la ausencia de límites, que dicho sea de paso, se conciben en el Estado democrático a partir de los derechos fundamentales, parafraseando a Karl Loewenstein.

V. EPÍLOGO

Lo hemos dicho, esta sentencia no permitía adelantar conclusiones o nuevas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dicho esto, pocos meses después el TC dio a conocer otra sentencia en una materia similar a la que hemos abordado, la Rol N° 2257-12-INA de 10 de septiembre de 2013. Si bien podría discutirse si sus supuestos de hecho son equivalentes. En el segundo caso el Ministerio del Interior oficiado por el Tribunal Constitucional informa que ha extendido una visa temporal (un año) en favor de la requirente por estar embarazada y que ha autorizado la inscripción de su hijo como chileno para todos los efectos legales.

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

Los argumentos difieren de lo que analizamos en lo principal de este comentario. Las votaciones se organizan en base a tres razonamientos.

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

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

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

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

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

A. La Ministra y Presidenta del Tribunal Constitucional Marisol Peña y el Ministro Hernández consideran que “atendida la evolución que han tenido las circunstancias de hecho referidas a esta causa, en especial, el oficio emanado del Ministerio del Interior N° 22.035, de fecha 22 de diciembre de 2012, agregado a fojas 343 de autos, actualmente las disposiciones objetadas ya no resultan decisivas para resolver el recurso de protección que constituye la gestión pendiente”.

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

B. Los Ministros Venegas y Aróstica, por su parte, votaron por desestimar el requerimiento en todas sus partes por no ser relevante el artículo 13 a los efectos de la protección que se tramitó en el marco de este proceso, “si ese artículo 13 pudo tener aplicación cuando a la señora Fortilus se le confirió originalmente su visa, por Resolución Exenta N° 15.091, de 2011, ninguna influencia ha podido tenido a la postre, cuando se dictaron aquellos actos de contrario imperio que dejaron sin efecto esa previa visación, contenidos en las citadas resoluciones N°s. 53.606 y 99.173... Declarar entonces inaplicable el referido artículo 13, además de inútil, perjudicaría al mismo requirente, que sólo ha podido ingresar al país merced a un permiso expedido justamente por dicho Ministerio”.

Uno de los argumentos para votar en contra de la inaplicabilidad del inc. 1° del art. 13 se fundamenta en que se trata supuestos de hecho distintos. En este sentido, habría sido un aporte incluir estos matices en el fallo y no exclusivamente en el voto de dos de sus Ministros. En base a este razonamiento, la última sentencia tampoco podría llevarnos a conclusiones definitivas en la materia que se analiza.

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

Si las conclusiones en ambos casos se deben a supuestos de hecho diferentes, era importante introducir las distinciones que permiten conclusiones distintas. Pese a esta diferencia, corresponde dar seguimiento a esta doctrina. Si bien el segundo fallo no mantiene el criterio (amparado uno de sus argumentos en que no se trata de casos análogos), no es posible descartar que se consolide una línea jurisprudencial en favor de la inaplicabilidad del inciso 1º del artículo 13. Se puede sostener que el Tribunal pudo, como hacen los ministros en su voto en favor de la inaplicabilidad, avanzar en la consolidación de su primera doctrina. Este revés, visto desde la perspectiva que argumentan la Ministra Marisol Peña y el Ministro Hernández, no cierra la posibilidad de que en el futuro puedan declararse otras inaplicabilidades del art. 13 inc. 1º.

No es posible adelantar cuál podría ser la opinión del TC en casos futuros ni tampoco sabemos con certeza cómo entender el estatuto jurídico de las personas extranjeras en nuestro país. Lo que se podría concluir es que habrá de estarse a la espera de otros casos análogos al que se ha analizado en este comentario para saber en definitiva qué rumbo tomará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación al estatuto jurídico de las personas extranjeras.

Finalmente, en lo que se refiere a la discusión de las normas emanadas de la Junta Militar en ejercicio de la función legislativa autodelegada, evidentemente, vamos a volver a estar en presencia de estos debates, la pregunta es si acaso podremos encontrar una respuesta mayoritaria y constante por parte del intérprete de la Constitución.