



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2016

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2016, 1ª edición, p. 380, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Judith Schönsteiner
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2016.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.
Programas de vivienda. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Homosexuales. Aspectos jurídicos.
Chile. Esterilización sexual. Aspectos jurídicos.
Esterilización involuntaria.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Indígenas, educación.
Identidad cultural. Chile.
Funcionarios públicos. Disciplina.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2016

Primera edición: noviembre de 2016

ISBN 978-956-314-374-4

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-22) 676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**EL DEBIDO
PROCESO EN LOS
PROCEDIMIENTOS
DE EXPULSIÓN
ADMINISTRATIVA
DE INMIGRANTES:
SITUACIÓN ACTUAL
Y ALTERNATIVAS¹**

1 Capítulo elaborado por Delfina Lawson y Macarena Rodríguez.

SÍNTESIS

La orden de expulsión es la máxima sanción que se le puede imponer a una persona migrante, ya que trae aparejada la ruptura de vínculos familiares, de años de arraigo y de un proyecto de vida en el país. En la actualidad, las normas vigentes dotan de una gran discrecionalidad a la autoridad migratoria en la aplicación de dicha sanción, y como consecuencia de ello las órdenes de expulsión son dictadas sin respetar las condiciones de un debido proceso, conforme lo definen los estándares nacionales e internacionales.

El capítulo se enfoca en la revisión del debido proceso en el marco del procedimiento de expulsión administrativa, destacando las principales falencias del mismo, tal como se aplica en la actualidad, y realizando algunas sugerencias para su mejora. Las consecuencias de la vulneración de este derecho en muchos casos son gravísimas e irreversibles. El capítulo aborda los avances y las deudas en la materia e insta al Estado a adecuar su normativa y sus políticas a los estándares internacionales relacionados con la población migrante.

PALABRAS CLAVES: migrantes, decreto ley 1094, reforma migratoria, debido proceso, asistencia consular, expulsión, procedimiento administrativo, sistema interamericano.

INTRODUCCIÓN

Desde hace más de cuarenta años, el ingreso, egreso y permanencia en Chile de los extranjeros es regido por el Decreto Ley 1094 (en adelante, DL 1094), aprobado en 1975, durante la dictadura del general Pinochet. A lo largo de los últimos años, el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales ha reflejado la incompatibilidad de dicho decreto ley y de su reglamento (Decreto 597 de 1984 del Ministerio del Interior) con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y con las necesidades del contexto nacional y regional.

En el año 2013, durante el gobierno del ex presidente Sebastián Piñera, se envió al Congreso un proyecto de ley de migraciones que aún se encuentra en su primer trámite constitucional, en la Cámara de Diputados.² Si bien, desde el punto de vista de las organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas, dicho proyecto no incorpora un enfoque de derechos y tampoco respeta adecuadamente los estándares internacionales en la materia, el presentarlo al Congreso abrió la posibilidad de incidir en el marco de un debate parlamentario.

El gobierno actual se ha comprometido a reformar el marco normativo en materia de migraciones y ha realizado importantes esfuerzos para desarrollar e implementar una nueva política en la materia. Al momento de la redacción de este artículo, aún no se ha presentado un nuevo proyecto de ley al Congreso, no obstante ser ésta la mayor demanda de las organizaciones de migrantes y de la sociedad civil que trabajan en la temática migratoria.

De acuerdo a las estimaciones oficiales, a finales del año 2015 residían en el país 410.000 personas migrantes.³ Esta cifra representa un

2 Boletín 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Cámara de Diputados, 4 de junio de 2013.

3 Cálculo realizado sobre la base de los resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001, y los permisos de residencia definitiva otorgados anualmente. Fuente: Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Anuario Estadístico. Migración en Chile 2005-2014*, disponible en www.extranjeria.gob.cl

aumento aproximado del 123% respecto de la medición censal efectuada el año 2001, pero en los hechos el aumento es aún mayor dado que estas cifras no contemplan a la población con permisos temporales ni en situación migratoria irregular. Desde una aproximación conservadora, de acuerdo a la apreciación de estas autoras, el número real de migrantes en Chile en el año 2016 debiera superar el medio millón de personas.

Según lo informado por el Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, DEM), el 52,6% de las personas migrantes son de sexo femenino, y las principales nacionalidades de origen de la población extranjera actualmente en Chile son: peruana (33%), argentina (16%), boliviana (8%), colombiana (6%) y ecuatoriana (5 %).⁴

1. LAS EXPULSIONES ADMINISTRATIVAS EN EL MARCO NORMATIVO NACIONAL⁵

La expulsión es la máxima sanción que el Estado puede imponer a una persona migrante. Su aplicación trae aparejada en muchos casos la ruptura de vínculos familiares, la interrupción de años de arraigo, de generación de redes, de proyectos de vida y de emprendimientos.

El marco normativo actual establece variadas razones por las que una persona puede ser expulsada del país y quienes detentan la facultad para dictar las órdenes de expulsión son el Ministerio del Interior y las intendencias regionales. Cuando una persona migrante se encuentra comprendida en algunas de las causales de rechazo de la solicitud de residencia, o de revocación de la misma, será el Ministerio del Interior quien decrete su expulsión del país. Cuando la persona, en cambio, se encuentra en situación migratoria irregular, ya sea porque ingresó por un paso no habilitado, o bien permaneció en el territorio chileno luego de que se hubiera vencido su permiso de turismo o de entrada al territorio nacional, la orden de expulsión será dictada por la respectiva Intendencia Regional.⁶

4 Ibid.

5 En este texto no nos referiremos a la expulsión dispuesta judicialmente como una pena sustitutiva de la sanción de ciertos delitos y que se rige por lo dispuesto en la Ley 18.216 (modificada por la Ley 20.603) que Establece Penas que Indica como Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad.

6 Artículo 84, DL 1094: 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.

No obstante, la expulsión de los extranjeros que sean titulares de permiso de turismo o prolonguen su permanencia con dicho permiso vencido, se dispondrá, sin más trámite, por resolución del Intendente Regional respectivo, exenta del trámite de toma de razón. Las medidas de expulsión podrán ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento. La medida de traslado a que se refieren los artículos 81, 82 y 83 será dispuesta por las autoridades oficiales señaladas en el artículo 10, con el objeto de poner al afectado a disposición de las autoridades administrativas o judiciales correspondientes.

En 2014 se decretaron 2935 órdenes de expulsión,⁷ 13 órdenes de abandono inmediato e impedimento de ingreso por violación del Convenio Arica Tacna⁸ y 126 impedimentos de ingreso definitivos. La mayoría de las expulsiones tiene como causa el ingreso irregular de las personas al país, y la principal nacionalidad afectada por estas resoluciones, durante 2016, fue la boliviana (840 sanciones).

En contra de las órdenes de expulsión, de acuerdo a lo dispuesto en la propia Ley de Extranjería, solo procede el recurso judicial de Reclamación de Expulsión, cuyo análisis se desarrolla en un acápite especial de este informe. Sin perjuicio de ello y mediante una incorporación gradual, la autoridad a nivel central y regional ha reconocido la procedencia de los recursos administrativos que contempla la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo. De igual manera, y dadas las restricciones que presenta el recurso de Reclamación de Expulsión, las cortes de apelaciones han admitido, en muchos casos, resolver sobre una expulsión a través de recursos de amparo.

En los capítulos siguientes analizaremos la forma en la que estos procedimientos, ya sea en sede administrativa o judicial, aseguran o no la incorporación de las garantías del debido proceso que corresponden conforme a los estándares internacionales en la materia.

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EXPULSIÓN

Como ya señaláramos, el DL 1094 otorga a la autoridad la facultad de expulsar a un extranjero por casi cualquiera de las infracciones que en dicho cuerpo normativo se establecen. A modo de ejemplo, la ley señala que puede ser expulsada una persona que ha cometido un delito en territorio chileno, aun habiendo cumplido la condena impuesta, y de igual manera permite expulsar a alguien por no cumplir con su deber de registrarse ante la autoridad.

El proceso de expulsión puede iniciarse por una solicitud del propio afectado, al pedir una visa cuyo otorgamiento sea rechazado, o por iniciativa de la autoridad ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones que establece el DL. Sin embargo, cualquiera sea la manera en que se inicie dicho proceso, el DL no establece un procedimiento, ni

7 De acuerdo a solicitud de acceso a la información N°AB001W0005162, Oficio N°11.715 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. De acuerdo a la respuesta a la solicitud, la información correspondiente al año 2015 se encuentra en proceso de elaboración y estará disponible solamente a partir del segundo semestre.

8 Con la finalidad de reconocer el tránsito migratorio de los habitantes de zonas fronterizas, a través de la Ley 19.581, de 1998, se creó la categoría de ingreso de habitante de zona fronteriza, otorgándole a estas personas un documento llamado Tarjeta Vecinal Fronteriza que les permite ingresar y salir de Chile en un espacio geográfico delimitado (zona comprendida entre las ciudades de Arica y Tacna) y por un tiempo determinado para cada ingreso. Su infracción, de acuerdo a lo que en dicha ley se establece, provoca la expulsión.

reglas a las que la autoridad deba ajustarse. Por el contrario, en algunos casos solo se indica que procederá la expulsión, sin más trámite⁹ 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.

Dado que la normativa migratoria no establece estándares o exigencias específicas, ni el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, ni las respectivas intendencias consideran en sus resoluciones razonamientos que permitan deducir si ha existido, por ejemplo, un ejercicio de ponderación entre la falta cometida y la sanción impuesta, o si se ha considerado el efecto o consecuencias que la expulsión tendrá en la afectación de otros intereses en disputa como la protección de la familia o los derechos de los niños y niñas que forman parte del grupo familiar.

En muchas ocasiones, el único fundamento que sostiene las órdenes de expulsión son los informes técnicos de la Policía de Investigaciones. Un informe negativo o que, por ejemplo, refleje un ingreso irregular al país es suficiente para dar lugar a la imposición de una medida de máxima gravedad como es la expulsión, en desmedro de la exigencia de una investigación y un procedimiento racional y justo, consagrado en la Constitución Política de la República y, en lo particular, vulnerando su derecho a la defensa y su posibilidad de desvirtuar lo que se señala en su contra.

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.

3. RECURSO JUDICIAL DE RECLAMACIÓN DE EXPULSIÓN

El DL 1094, en su artículo 89, establece un recurso especial con el objeto de impugnar ante la Corte Suprema las órdenes de expulsión emanadas (únicamente) del Ministerio del Interior. Señala dicho precepto que el extranjero cuya expulsión hubiere sido dispuesta por decreto supremo, podrá reclamar ante la Corte Suprema dentro del plazo de 24 horas, contado desde que hubiere tomado conocimiento de la expulsión. Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte, procediendo breve y sumariamente, fallará la reclamación dentro del plazo de 5 días, contado desde su presentación.

Al finalizar, el referido artículo del DL 1094 indica que la interposición del recurso suspenderá la ejecución de la orden de expulsión y, durante su tramitación, el extranjero afectado permanecerá privado de

9 Así, por ejemplo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Extranjería la expulsión de extranjeros que ingresaron al país con un permiso de turismo, será decretada por el Intendente respectivo, sin más trámite.

su libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministro del Interior o el Intendente determine.

En consecuencia, para la interposición del recurso será necesario considerar que:

1. El tribunal competente para conocer dicho recurso es la Corte Suprema, con ubicación territorial solo en la Región Metropolitana.
2. El recurso deberá ser interpuesto dentro del plazo de 24 horas, contado desde que la notificación de la expulsión haya sido realizada.
3. El recurso debe ser fundado, esto es, debe indicar las razones por las que la persona afectada considera que la ejecución de la expulsión podría vulnerar sus derechos fundamentales.
4. El recurso solo es admisible para reclamar respecto de las órdenes de expulsión dictadas a través de un Decreto Supremo fundado y suscrito por el ministro del Interior, no siendo procedente respecto de las resoluciones (exentas) suscritas por el Intendente regional, en circunstancias que son las intendencias quienes dictan el mayor número de órdenes de expulsión, ya que están facultadas para hacerlo en los casos de ingreso irregular al país.

Por lo tanto, la falta de cualquiera de los requisitos señalados acarrea, en la mayor parte de los casos, la declaración de extemporaneidad, improcedencia o, derechamente, el rechazo de los recursos.

En un reciente estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁰ en esta materia, que comprendió la revisión de la totalidad de los recursos de reclamación de expulsión presentados entre 2010 y 2014, se concluyó que en esos cuatro años se presentaron solamente 98 recursos de reclamación. De estos recursos, 22 fueron acogidos por la Corte, correspondiendo al 21,5% del total de sentencias. De los reclamos interpuestos, 44 fueron rechazados, es decir el 43,1%. El resto de los fallos corresponde a recursos declarados extemporáneos (14,7%) y otros, improcedentes (16,6%). Por último, en dos fallos se remite su tramitación como recurso de amparo a la Corte de Apelaciones respectiva.

En este mismo período, se observa una importante evolución en las decisiones de la Corte Suprema al conocer del recurso de reclamación en contra de órdenes de expulsión, y queda en evidencia una progresiva mayor fundamentación de las decisiones, así como la incorporación de criterios que emanan de la normativa internacional y de la protección de derechos fundamentales reconocidos en las Convenciones.¹¹

10 Pablo Salcedo, *Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema en Reclamos de Expulsión 2010-2014*, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Alberto Hurtado 2015, pág. 2-4.

11 *Ibíd.*

Sin embargo y pese al avance en el contenido de las decisiones judiciales, las cifras antes señaladas dan cuenta de un escaso uso de este recurso. Si se considera que en el período 2010-2014 se presentaron únicamente 98 reclamaciones judiciales contra las órdenes de expulsión, y que solo 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 año.

La casi nula utilización del recurso obedece a que se requiere contar con una asistencia legal profesional, en un plazo perentorio de 24 horas y en un contexto de expulsión coercitiva. Esto hace prácticamente imposible ejercer el recurso, más aun si se considera que esa persona muy probablemente no conoce el ordenamiento jurídico nacional y, en algunos casos, tampoco nuestro idioma.

Finalmente, la imposibilidad de rendir prueba testimonial en esta instancia hace que la decisión deba pronunciarse solo en consideración a los antecedentes allegados en el procedimiento administrativo y en la posible y reducida documentación que el reclamante pueda agregar al proceso, en un breve plazo.

Las limitaciones indicadas hacen que en la práctica este recurso judicial no cumpla con los requisitos mínimos para ser considerado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, un recurso sencillo y rápido o un recurso judicial efectivo.

4. EL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN DE PERSONAS MIGRANTES. ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) han sostenido que los Estados –en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias– pueden establecer mecanismos de control del ingreso a su territorio y de la posterior salida de personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana (en adelante, CADH).¹²

12 Corte IDH, *Asunto Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República Dominicana respecto República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de agosto de 2000, considerando 4°. De igual forma, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, ha sostenido que “[a]unque todos los Estados tienen el derecho soberano de proteger sus fronteras y regular sus políticas de migración, al promulgar y aplicar la legislación nacional en materia de inmigración también deben asegurar el respeto de los derechos humanos de los migrantes”. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y

De igual manera, se ha señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho. En este sentido los migrantes en situación irregular se encuentran en una condición de especial vulnerabilidad, pues son “los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y a sufrir, por lo mismo, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado, en comparación a los nacionales o residentes.¹³

Dentro de los derechos fundamentales que limitan la facultad del Estado en materia migratoria, se encuentra el respeto y garantía del debido proceso, tanto en los procedimientos administrativos, como judiciales.¹⁴

El artículo 8º de la CADH establece que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Adicionalmente, la CADH establece en el artículo 8.2 las siguientes garantías: “a) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”

La Corte IDH ha reiterado en sus sentencias que las garantías del debido proceso no se limitan a los procedimientos judiciales, sino que

culturales, incluido el derecho al desarrollo, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante, A/HRC/7/12, 25 de febrero de 2008, párr.

14 (expediente de prueba, tomo V, anexo 24 al escrito autónomo de solicitudes, argumentos y pruebas, folio 2017).

13 Corte IDH, *Vélez Loor contra Panamá*, resumen oficial emitido por la Corte IDH, sentencia del 23 de noviembre de 2010, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

14 Corte IDH, *Baena Ricardo contra Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 124.

también deben aplicarse en los procesos en sede administrativa. Tal como lo señaló en el caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá*, “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, ‘sino [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 tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. 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 (...)”.¹⁵ Respecto al procedimiento administrativo propiamente tal, la Corte IDH señaló: “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.¹⁶

En los párrafos siguientes analizaremos la manera en que se reciben o no algunas de las garantías específicas del debido proceso en el marco de los procedimientos administrativos de expulsión de personas extranjeras.

i) Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma local

Difícilmente puede una persona ejercer su derecho de defensa si no comprende las razones por las que la están sancionando, las características del proceso ni los recursos a los que puede apelar. Esta garantía resulta fundamental en el caso de personas migrantes, quienes deben comprender cabalmente las razones por las que se encuentran afectadas por una medida de expulsión, y estar en condiciones de entablar una comunicación efectiva con la persona que ejerce su defensa.

El servicio de traducción o de interpretación debe ser provisto en forma gratuita por el Estado y estar disponible durante todo el procedimiento.

En la actualidad, el procedimiento de expulsión administrativo no contempla ninguna instancia en donde aquellas personas que no comprenden el idioma español puedan solicitar la asistencia de un intérprete o traductor.

Como fuera descrito anteriormente, el procedimiento administrativo no considera una etapa de contradictoriedad durante la cual la persona pueda oponer prueba o solicitar medidas adicionales, como lo sería la asistencia de un traductor o intérprete. Todo el procedimiento

15 *Ibid.* párr. 124 y 125.

16 *Ibid.* párr. 127.

es escrito y en idioma español y los recursos deben ser interpuestos de la misma manera.

ii) Derecho a la información sobre la asistencia consular

En su Opinión Consultiva OC-16/99, *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*,¹⁷ la Corte IDH consagró el derecho a la información sobre la asistencia consular como derecho individual de la persona extranjera detenida. Haciendo referencia a lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte IDH señaló que se trata de “un derecho individual y una garantía mínima protegida dentro del sistema interamericano”.¹⁸ Este principio fue reiterado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *LaGrand* en 2001.¹⁹

La Corte IDH reconoce que los extranjeros sujetos a sanciones penales o administrativas se enfrentan a situaciones de especial vulnerabilidad por encontrarse en un medio social y jurídico diferente al de sus orígenes y, en algunos casos, sin poder comprender o comunicarse. En este sentido, el derecho a la información sobre la asistencia consular busca remediar esta situación, asegurando que la persona pueda tener un verdadero acceso a la justicia, un debido proceso legal en condiciones de igualdad y –en los casos en que se encuentre privada de la libertad– goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas.²⁰ En palabras de la Corte: “La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.²¹

El tomar contacto con su consulado, en los casos en que la persona manifiesta esta intención, podría facilitarle al migrante: la preparación de una defensa adecuada, tener representación legal, obtener pruebas de su país de origen y recibir asistencia social, entre otras posibilidades.

En el caso de que la persona se encuentre detenida, la información sobre el derecho a la asistencia consular debe brindarse durante la primera oportunidad posible y, de cualquier manera, antes de que la persona declare. Si la persona manifestara su intención de tomar contacto con su consulado, debe poder hacerlo libremente, en la forma y en la o las oportunidades que estime pertinentes.²²

17 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1 de octubre de 1999, serie A. No. 16.

18 *Ibid.*, párr. 84 y 124.

19 Corte Internacional de Justicia, caso *LaGrand (Alemania versus Estados Unidos de América)*, sentencia del 27 de junio de 2001, pág. 494, párr. 77.

20 Corte IDH, *Vélez Loor contra Panamá*, *op. cit.*, párr. 152.

21 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99*, *op. cit.*, párr. 119.

22 Corte IDH, *Vélez Loor contra Panamá*, *op. cit.* párr. 153.

En Chile, si bien esta garantía se respeta en el marco de los procedimientos penales, en las expulsiones dictadas por una autoridad administrativa no se le informa a la persona de su derecho a contactarse con el consulado de su país de origen, o de recibir su apoyo, ni aun en el momento en que es detenida de acuerdo a los protocolos, a efectos de ejecutar la orden de expulsión. Esto es a todas luces una vulneración a los estándares en materia de debido proceso.

iii) Derecho a la asistencia legal técnica, especializada y gratuita

El derecho a contar con un defensor especializado en la materia resulta fundamental en los procedimientos de expulsión.

La situación en la que se encuentran las personas extranjeras sobre las que pesa una orden de expulsión, así como las graves consecuencias que acarrea la ejecución de la sanción, hacen que la defensa técnica especializada sea un requisito esencial en el marco de todos los procedimientos.

La Corte IDH ha señalado que “en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso”.²³

La asistencia legal debe ser efectiva, oportuna y gratuita. Para todos los casos, la obligación de proveer este servicio especializado recae en el Estado.

En la actualidad en Chile, no existe ningún tipo de servicio que ofrezca en todos los casos defensa técnica especializada. Una persona afectada por una orden de expulsión puede recurrir (si se encuentra en Santiago) a la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial, o bien a alguna de las organizaciones de la sociedad civil o de instancias académicas que ofrecen este servicio. Pero estos organismos son particulares y no están llamados a cumplir con la obligación que recae sobre el Estado, esto es, asegurar que todas las personas afectadas por una orden de expulsión cuenten en forma oportuna con un servicio gratuito de asistencia técnica especializada y con alcance nacional.

iv) El derecho a ser oídos de los niños y niñas afectados por la potencial expulsión de uno de sus padres

El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) establece en su numeral 1 que los Estados partes deben garantizar el derecho de los niños de expresar su opinión en todos los asuntos que los afecten y agrega, en su numeral 2, que con tal fin se

23 Ibid., párr. 146.

debe otorgar la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.²⁴ Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, organismo de la ONU que tiene la función de examinar los progresos realizados por los Estados Partes que han ratificado la CDN, ha señalado que “Recae así sobre los Estados Partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta”.²⁵ Este derecho a ser escuchado, debe ser garantizado en todos los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten, y supone “no sólo el derecho a ser oído, expresar su opinión, sino el sentido más lato de ser partícipe del proceso, participar en la construcción de la decisión final del caso, formular alegaciones, ofrecer prueba, estar protegido de la indefensión”.²⁶

La Corte IDH abordó este tema en su Opinión Consultiva N° 21 del 19 de agosto de 2014, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.²⁷ Dentro de los aspectos más importantes en relación con el tema del derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA, en adelante) a ser escuchados, la Corte señaló y recordó que los Estados tienen el deber de “facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso migratorio donde estén involucrados. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente.”²⁸

Asimismo, la Corte señaló que todas las decisiones adoptadas en un proceso migratorio donde haya NNA involucrados, deben estar motivadas, es decir, con una justificación razonada que permita llegar a una conclusión que debe ser manifiesta, expresa y exteriorizada. Por lo tanto, las resoluciones dictadas dentro del marco que estamos analizando tienen que mostrar la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones del niño o la niña, y el cómo se ha evaluado y considerado su interés superior.

La Corte señaló que los Estados, al adoptar cualquier decisión que implique la separación del niño de su familia, deben justificarla por el

24 Convención sobre Derechos del Niño, artículos 12.1 y 12.2.

25 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 12 el derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 2009, párr. 15.

26 Ricardo Pérez Manrique, “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, en *Revista Unicef: Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, p. 254

27 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, 19 de agosto de 2014.

28 *Ibid.*, párr.122.

interés superior del niño y tiene que estar precedida por un análisis de ponderación que contemple las circunstancias propias del caso en concreto y garantice una decisión individual. Específicamente, la Corte ha entendido que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”.²⁹

Luego, la Corte añadió que las autoridades del Estado deben evaluar las circunstancias particulares de las personas a las cuales se está expulsando, como, por ejemplo, la historia migratoria; la consideración sobre la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona a la cual se pretende expulsar; el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive la niña o el niño. También se debe considerar el tiempo que la niña o el niño ha permanecido en esa unidad familiar, y el alcance de la perturbación en su vida diaria si cambiara su situación familiar debido a una medida de expulsión que afecte a la persona que está a su cargo. La idea es que, con lo anterior, se ponderen estas circunstancias con la medida de expulsión, teniendo siempre en cuenta el interés superior de los NNA.³⁰

En el caso chileno, no existe un proceso previo a la dictación de la sanción que tenga términos probatorios y que permita al extranjero o a la extranjera, o a los NNA involucrados, exponer su defensa.³¹ Por lo tanto, solo en etapas posteriores a la dictación de la medida de expulsión, los extranjeros y sus hijos o demás personas involucradas tienen la oportunidad de hacer valer sus derechos. Resulta manifiesto que el Estado chileno no resguarda el derecho de los NNA a ser escuchados en el marco de un procedimiento de expulsión.

v) Deber de implementar un sistema que en cada caso particular permita examinar la infracción que se atribuye y evaluar las pruebas y otros elementos de la causa y garantizar su derecho a defensa

Tal como hemos mencionado anteriormente, el Art. 8.2 de la CADH establece un número de garantías para todos los procedimientos, tanto judiciales como administrativos. Entre ellas, la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada y la concesión de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

En el marco del procedimiento de expulsión administrativa, esto se traduciría en que una vez que la autoridad determina que la persona ha incurrido en alguna conducta que pueda derivar en una expulsión del

29 *Ibid.*, párr. 273.

30 *Ibid.*, párr. 279.

31 Al efecto, la única suerte de procedimiento establecido es aquel contemplado en el párrafo 3 del título II del D.L 1.094, artículo 81 y siguientes. En estos artículos, aunque se establece que las medidas de expulsión pueden ser revocadas o suspendidas temporalmente en cualquier momento, no se establece un término probatorio previo a la dictación de la expulsión propiamente tal.

territorio nacional, tiene la obligación de informarle de esta situación a la persona afectada, incluyendo las causas por las que será sancionada. Adicionalmente, la autoridad debería otorgarle un plazo para que pueda presentar y oponer prueba que permita desvirtuar la acusación o ponderar la decisión, si es que la intención del migrante es permanecer en el territorio nacional. A modo de ejemplo, en el caso de una persona que podría ser expulsada por encontrarse en situación migratoria irregular ya que se le venció su visa temporaria sin que la renovara a tiempo, la autoridad debiese en primera instancia (y en forma previa a la dictación de la orden de expulsión) comunicarse con la persona afectada en un idioma que pueda comprender, dándole a conocer las razones por las que será expulsada. A continuación, la persona debiese contar con un plazo para tomar contacto con un defensor público y gratuito y presentar las pruebas que estime pertinente (años de residencia en el país, vínculos familiares, contrato laboral, etc.). Finalmente, y luego de la ponderación de todas las pruebas presentadas, la autoridad estaría facultada para dictar la orden de expulsión, o bien para instar a la persona a que regularice su situación migratoria en el plazo más breve posible.

En la actualidad esto no sucede. Las órdenes de expulsión son dictadas sin una instancia de preparación ni espacio para la defensa. No existe absolutamente ninguna interacción con la persona afectada, y tampoco se da un ejercicio de ponderación previo al dictado de la orden de expulsión u otra sanción.

5. BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE DEBIDO PROCESO

a) Recurso administrativo contra órdenes de expulsión emanadas de la Intendencia de la Región Metropolitana³²

Una iniciativa destacable ha impulsado en el último tiempo la Intendencia de Santiago. Consiste en la convocatoria a una audiencia verbal y desformalizada, de la cual se levanta un acta y que tiene por objeto, entre otros, determinar si existen antecedentes probatorios que puedan dar lugar a una eventual revocación del decreto de expulsión. Como se desprende de lo anterior, esta audiencia solo procede una vez que se ha dictado la orden de expulsión y en la medida que quienes impugnan la decisión señalan antecedentes que hacen suponer una posible causa que permita dejar sin efecto la orden.

El fundamento legal para esta audiencia se encuentra contenido en la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo y que tiene el carácter de norma supletoria para aquellos casos en que existan procedimientos

32 La información respecto de la implementación de esta iniciativa fue obtenida mediante entrevista personal efectuada a Valentina Guerra, abogada de la Intendencia Metropolitana. Agradecemos su colaboración.

administrativos especiales (como es el contenido en la Ley de Extranjería).

En particular, es el recurso de invalidación, regulado en el artículo 53 de dicha ley³³ el que señala expresamente que 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 del plazo de dos años que la misma norma indica.

De acuerdo a la información entregada por la abogada de la Intendencia Metropolitana, en las audiencias que se realizan en el marco de este procedimiento y dependiendo de los medios con que se cuenta, es posible recibir prueba de carácter testimonial o documental —y en los hechos así ha ocurrido—. De igual manera, en aquellos casos en que el reclamante señala disponer de otros medios que materialmente no ha llevado a la audiencia, es posible fijar un plazo prudente para recibir dicha prueba.

Para la realización de audiencias la Intendencia mantiene días y horarios prefijados, de manera que en la citación que se despacha al domicilio del reclamante se le informa que puede comparecer en cualquiera de dichos días en el horario establecido. Lo anterior presenta una ventaja importante frente a la fijación de una fecha única y determinada para las audiencias.

Consultada la abogada sobre situaciones en que los reclamantes no hablan el idioma español, o su nivel de entendimiento del mismo les impide comprender a cabalidad el sentido de la audiencia y los requerimientos, señala que deben enfrentar este obstáculo con frecuencia, pero que la Intendencia no cuenta con personal que pueda colaborar en esta labor de traducción.

El procedimiento descrito solo ha sido aplicado en la Intendencia de Santiago, y hasta la fecha no han existido coordinaciones con otras intendencias regionales, ni acuerdos en la fijación de estándares comunes. Tampoco existe un protocolo, resolución o documento que dé cuenta del procedimiento a seguir dentro de la audiencia, ni un catálogo de derechos que debieran ponerse en conocimiento del inmigrante.

Es importante igualmente recordar que la Intendencia, de acuerdo a las disposiciones legales, tiene facultades para dictar una expulsión y para revocarla, sin embargo, no está autorizada para otorgar visas, una vez que se ha dejado sin efecto la expulsión, por lo que en la mayor parte de los casos debe concordar sus criterios en esta materia con el Departamento de Extranjería, de manera que la no expulsión vaya

33 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 impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario”.

acompañada de un otorgamiento de visa que le permita al reclamante continuar residiendo en el país de manera regular y no quedar en un estado indeterminado.

Como ya indicáramos, 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.

b) La intervención del Ministerio Público en Argentina

Otra interesante iniciativa, de orden legal, y que se encuentra orientada a mejorar el reconocimiento de las exigencias del debido proceso, se encuentra en la Ley de Migraciones argentina, que establece en su artículo 86: “Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tendrán derecho a asistencia jurídica gratuita en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tendrán derecho a la asistencia de intérprete/s si no comprenden o hablan el idioma oficial. Las reglamentaciones a la presente, que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de defensa”.³⁴

Asimismo, el reglamento de dicha norma establece que “La Dirección Nacional de Migraciones, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al Ministerio Público de la Defensa, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses”.³⁵

El Ministerio Público argentino es un órgano independiente del resto de los poderes del Estado, con autonomía funcional y autarquía financiera.³⁶ El Ministerio Público se encuentra compuesto por dos estructuras autónomas e independientes entre sí: el Ministerio Público Fiscal, a cargo del/la Procurador/a General de la Nación, y el Ministerio Público de la Defensa, cuya máxima autoridad es el/la Defensor/a General de la Nación.

34 Ley 25.871, Ley de Migración Argentina.

35 Decreto 616/2010 *Reglamentación de la Ley de Migraciones 25.871 y sus modificatorias*. Publicado en el Boletín Oficial N° 31.898, 6 de mayo de 2010. Artículo 86.

36 Constitución Nacional Argentina, artículo 120.

El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la Ley Orgánica 27149. En 2008, se creó dentro de la Defensoría General de la Nación, la Comisión del Migrante. Dicho organismo promueve actividades orientadas a la defensa y protección de los derechos de las personas extranjeras que se encuentran en Argentina. Entre otras actividades, la Comisión del Migrante proporciona asistencia jurídica en los procedimientos de expulsión de extranjeros, incluyendo la defensa técnica en sede administrativa.

En consecuencia, a partir del año 2011, el Ministerio Público de la Defensa a través de la Comisión del Migrante interviene en sede administrativa y/o judicial en los siguientes casos:³⁷

- Detenidos a disposición de la justicia federal en procesos de expulsión (ante las delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones de todo el país)
- Detenidos a disposición de la justicia federal que se opongan a una expulsión (solo respecto de los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones –delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires–)
- Detenidos cuyo trámite de expulsión devenga de una condena dictada por un Tribunal Provincial y se opongan a su salida del país (solo respecto de los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones – delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires–)
- En los casos de personas cuya expulsión sea consecuencia de una irregularidad administrativa (solo respecto de los expedientes administrativos en trámite ante la Dirección Nacional de Migraciones –delegación Ciudad Autónoma de Buenos Aires–)

De esta manera, en el caso argentino, el acceso a la justicia salvaguardando las garantías generales y específicas del debido proceso, se asegura a través de un adecuada interacción legal e institucional.

CONCLUSIONES

La normativa nacional sobre expulsión de inmigrantes contenida en el DL 1094, consecuentemente con la naturaleza, objetivo y data de dicho cuerpo legal, no establece regulación alguna para el procedimiento de

37 Información disponible en www.mpd.gov.ar.

expulsión, ni reconoce derechos en favor de los inmigrantes ni aun en los términos más básicos como puede ser su derecho a defensa.

Lo anterior redundaría en la inexistencia absoluta del reconocimiento de los estándares internacionales en materia de debido proceso, que han sido expresamente reconocidos como una exigencia, tanto en los procedimientos judiciales como en los procedimientos administrativos, especialmente cuando este último es sancionatorio.

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.

Este escenario confirma la necesidad imperiosa de contar con una nueva normativa, acorde con lo que actualmente se reconoce en otros ordenamientos para asegurar un debido proceso.

En una revisión del derecho comparado, del derecho internacional de los derechos humanos y de las normativas locales dictadas con posterioridad al DL de 1975, es posible encontrar modelos exitosos de incorporación de medidas orientadas a mejorar los estándares del debido proceso. Esto abre el horizonte de posibilidades para efectuar cambios específicos y acotados, pero de gran impacto en el reconocimiento de este derecho, mientras no exista el consenso para aprobar una nueva ley de Migración.

RECOMENDACIONES

1. Reformar la legislación migratoria incluyendo en su articulado el derecho a un debido proceso, e incorporando las garantías que corresponden de acuerdo a los estándares internacionales vigentes.
2. Independientemente del avance de la reforma a la legislación migratoria, el Estado debiese establecer un procedimiento administrativo en donde haya una etapa de audiencia previa a la dictación de la orden de expulsión, en la que se le permita a la persona afectada ejercer su derecho a defensa, presentar prueba y ser oída. Es decir, previo al dictado de la orden de expulsión, la persona afectada debiese ser instada a regularizar su situación migratoria.
3. El procedimiento administrativo de expulsión debiese, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, establecer la prohibición de efectuar discriminaciones directas o indirectas, y debiese ponderar, en todos los casos, las relaciones familiares, el interés superior del niño y el principio de reunificación familiar.
4. Disponer de un servicio de intérpretes y traductores que puedan

estar presentes en dichas audiencias o al momento de la notificación de las resoluciones. De igual manera, aquellas resoluciones que correspondan a personas que no comprenden el idioma español, debiesen ser traducidas a un idioma que la persona pueda comprender.

5. Establecer un mecanismo de comunicación con los consulados en los casos en los que las personas lo soliciten, para poder recibir su asistencia y colaboración cuando corresponda.
6. Establecer reglas tasadas en virtud de las cuales se pueda rechazar una visa y de igual manera un régimen de reglas tasadas para que pueda disponerse la expulsión.
7. Establecer un recurso judicial efectivo a través del cual se permita revisar, en forma adecuada, las resoluciones administrativas que ordenan la expulsión del país.