

Amparo y anarquismo:
a propósito de las sentencias Roles N^{os} 1897-2017 y 1919-2017
(Corte de Apelaciones de Santiago)

*Comentario de Domingo Lovera Parmo**

Santiago, veintisiete de julio de dos mil diecisiete.

(...)

CUARTO: Que la acción de amparo, prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, tiene por objeto proteger a las personas que ilegal o arbitrariamente sufren cualquier privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y/o a la seguridad individual, motivo por el cual y considerando que en definitiva el acto denunciado concierne a aquel en virtud del cual se expulsó del país al amparado quedando con una prohibición del ingreso al mismo, corresponde entonces determinar si, en la especie, las autoridades recurridas, en primer término el Intendente de la Región Metropolitana al decidir como lo hizo y luego, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, al actuar del modo que se le imputa, incurrieron efectivamente de modo ilegítimo en alguna vulneración al derecho fundamental precedentemente citado.

SEXTO: Que todo acto de la administración debe ser debidamente razonado y fundamentado para no incurrir en ilegalidad y arbitrariedad y en el caso de la Resolución N° 78-2017 de 19 de enero pasado, de su simple lectura aparece que, aun cuando fuere dictada y ejecutada por órganos competente con facultad suficiente para adoptar la decisión y darle cumplimiento, carece de fundamento el solo mencionar que dicha decisión de expulsión se decide por el hecho de haberse detectado que el amparado ha participado de diversas actividades antisistémicas, alterando el orden social del país y constituyendo de esta manera un peligro para el Estado, sin expresar cuales serían los hechos en los que habría participado (...)

OCTAVO: Que, sin perjuicio de lo que se concluye precedentemente, lo cierto es que el decreto de expulsión fue ya ejecutado y el amparado se encuentra fuera del país,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Máster en Derecho, Columbia University y Doctor en Derecho, York University (Canadá). Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl.

de manera tal que carece de oportunidad emitir decisión a su respecto, más no así en relación a la consiguiente resolución de prohibir el reingreso del afectado al territorio nacional; decisión esta que –conforme a lo que se viene reflexionando– deviene en ilegal y abusiva.

(...)

Rol Nº 1.897-2017.-

Santiago, treinta y uno de julio de dos mil diecisiete.

(...)

QUINTO: Que la acción de amparo, prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, tiene por objeto proteger aquellas personas que ilegal o arbitrariamente sufran cualquier privación, perturbación o amenaza de su derecho a la libertad personal y seguridad individual, mediante la adopción –por parte de esta Corte– de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio, resultando, entonces, requisito indispensable de la acción, un acto u omisión ilegal –esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1o del Código Civil– o arbitrario –producto del mero capricho de quién incurre en él– y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando la garantía en cuestión

SÉPTIMO: Que, en este escenario, precisando que el amparado mantenía visa de turista por 90 días, vigente a la fecha de su detención, el procedimiento empleado para la expulsión del amparado notificado en forma verbal del decreto respectivo– resulta contrario a los estándares de un debido proceso en la materia, precisamente pues no tuvo conocimiento real de la actuación policial, lo cual hubiese posibilitado la presencia de letrado y provocar los recursos administrativos y ordinarios pertinentes.

OCTAVO: Que, en este escenario normativo, es importante señalar que la Autoridad ejecutora de la expulsión no ha explicitado, fundadamente, los motivos consecuenciales y la razones de lo que ha denominado “actividades antisistémicas” por el amparado, en relación a lo que se denomina “Escena Anarco Libertaria de Chile”. Es decir, se debió precisar los antecedentes respecto de sus acciones que conllevaran a alterar el orden social del país y el peligro para el Estado.

Nada de eso se ha explicitado por la autoridad.

(...)

Rol Nº 1.919-2017

COMENTARIO

No hay dos opiniones en la doctrina constitucional. El recurso de amparo (RdA), consagrado en el artículo 21 del texto constitucional y diseñado para la protección de ciertas hipótesis de la libertad personal y seguridad individual, ha venido expandiendo jurisprudencialmente sus casos de procedencia¹. Es decir, ha sido la práctica de los propios tribunales la que ha venido configurando, no sin vacilaciones, ciertas situaciones frente a las que los tribunales superiores brindan protección.

Una de las recientes (por denominarlas de alguna forma) hipótesis de procedencia del RdA, la representa el control de algunos actos de la administración del Estado dictadas al amparo de la denominada “Ley de Extranjería” (D.L. 1.094 D. Of. 19.07.1975)². Si bien es cierto que, frente a una orden de expulsión, la propia normativa dispone la procedencia de un recurso de reclamación judicial para ante la Corte Suprema (artículo 89), ese recurso se debe presentar dentro de escasas 24 horas. Considerando la situación de vulnerabilidad en la que suelen encontrarse las personas migrantes (y, en definitiva, cualquiera que se encuentre visitando otro país), así como el contexto en que esa posibilidad de reclamación se inserta —un procedimiento que se desarrolla con altas dosis de discrecionalidad—, es plenamente razonable preguntarse si acaso este recurso se erige sobre un piso mínimo de respeto a las garantías del debido proceso³.

En parte por esto es que el RdA, además de otros mecanismos de control de la administración⁴, se ha erigido como una alternativa de escrutinio de las órdenes de expulsión. Ello en al menos dos hipótesis. Primero, cuando las personas en cuya contra se han dictado órdenes de expulsión han permanecido privadas de libertad por más de 24 horas, en circunstancias que el artículo 90 de la Ley de Extranjería dispone que la expulsión deberá materializarse dentro del plazo de “24 horas contado desde la notificación, en el caso de que no se haya interpuesto recurso o en el caso de no ser este procedente, o transcurrido el mismo plazo desde que se haya denegado ...”. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago ordenó la libertad inmediata de un grupo de 18 extranjeros que, mientras esperaban la materialización de sus órdenes de expulsión, permanecían detenidos en un cuartel de la Policía de Investigaciones (“Cuartel Borgoño”). La Corte

¹ Henríquez, M., “El hábeas corpus”, en Gallinato, M. P. y Henríquez, M. (coordinadoras), *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2014, pp. 6-29, pp. 15-20.

² Henríquez, M., “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, 2014.

³ Lawson, D. y Rodríguez, M., “El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas”, en Vial, T. (editor), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2016, pp. 217-238; Domínguez, C., “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?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 1, 2016, pp. 199-201.

⁴ Como ha ocurrido con la regulación de los procedimientos de expulsión, sujetándolos a las etapas propias de un procedimiento administrativo según se regla en la Ley N° 19.880. Lawson, D. y Rodríguez, “El debido proceso ...”, cit., pp. 233-35.

constató que, además de encontrarse detenidos en deplorables condiciones, habían estado privados de libertad por más de 24 horas, es decir, más allá del tiempo que dispone la ley para ejecutar la expulsión⁵. Así, la Corte razonó que,

Prescindiendo, por ahora, de los reparos de constitucionalidad que pudiera hacerse al citado artículo 176 por su jerarquía meramente reglamentaria, lo cierto es que, si la regla legal antes aludida dispone un plazo de 24 horas para ejecutar la medida de expulsión que haya podido ordenarse por la autoridad competente y la norma reglamentaria transcrita solo autoriza para adoptar restricciones y privaciones de libertad del afectado “que sean estrictamente necesarias” para propender al cumplimiento de dicha medida, surge como corolario inevitable que, en situaciones como esta, la afectación de la libertad personal no puede extenderse más allá del mencionado plazo de 24 horas⁶.

Un segundo grupo de casos, en cuyo marco se insertan las dos sentencias que se comentan en este trabajo, evidencia que el RdA –como ya ha venido indicándolo la doctrina⁷– es un mecanismo adecuado, ya no para cuidar que los plazos de restricción y privación a la libertad sean formalmente respetados, sino que, en cambio, para escrutar los fundamentos de las órdenes de expulsión⁸. Como se puede advertir de los considerandos arriba transcritos, en ambos casos la Corte de Apelaciones reprochó la falta de fundamento fáctico que habrían hecho procedente la aplicación de las normas indicadas. En efecto, las autoridades reclamaban que las expulsiones se habían decretado recurriendo al artículo 15 N° 1 del D.L. 1.094. Dicho precepto dispone que,

Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:

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

⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 351-2013, 9 de marzo de 2013.

⁶ *Ibid.*, considerando 9°.

⁷ Henríquez, “El *habeas corpus* como un recurso idóneo ...”.

⁸ Se trata de una de las formas que adopta el control judicial de la administración. Ese control, además, tratándose de la eventual afectación de derechos fundamentales, genera lo que Luis Cordero denomina una forma de “neutralización” de la deferencia que, en casos regulares, es debida a la administración. Cordero, L., *El Control de la Administración del Estado*, Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 164-5.

Para la Corte, la sola referencia a esas disposiciones no exime a la administración de la obligación de tener que fundar su decisión, esto es, demostrar cómo es que estas personas habrían puesto en peligro la seguridad del Estado, indicando para ello situaciones concretas que así lo evidencien.

Por supuesto que los antecedentes de estos casos son relevantes no solo por la extensión –a estas alturas casi indisputada– del RdA como mecanismo de control jurisdiccional de (algunos de) los actos de la administración. Sino que lo son también –y con esto concluye esta revisión– por el particular grupo de individuos que se ven involucrados. En términos generales, podríamos decir que se trata de extranjeros que comulgan con el anarquismo u otras ideologías críticas (o “antisistémicas”, en la jerga policial de la que dan cuenta las sentencias en comentario). ¿Merecen protección constitucional quienes, como los acá involucrados, abrazan el anarquismo?

Alguna vez se ha sugerido que no. Se ha reprochado que quienes adhieren al anarquismo como ideología, que en lo general abraza una especial aversión por el Estado⁹, no deberían recurrir a este en caso de necesidad de protección. Así ocurrió, por ejemplo, cuando un grupo de individuos que participaba de un centro social libertario, reclamó por medio de una acción de protección que un reportaje de un canal de televisión los exponía en falsa luz ante a la opinión pública. En su acción, indicaban que la asociación que el reportaje trazaba entre sus actividades y las investigaciones penales aún pendientes, distorsionaba frente a los demás los objetivos del centro al que concurrían. La Corte de Apelaciones de Santiago se preguntó si acaso esas actividades de activismo cultural podían encuadrarse dentro del ejercicio legítimo de derechos –requisito de procedencia para la protección constitucional solicitada–. El tribunal respondió negativamente:

En la especie, no se advierte ejercicio legítimo alguno por parte de la recurrente si se tiene en cuenta que (...) la recurrente se encuentra ligada al “Centro Social y Autónomo y Biblioteca Johnny Cariqueo”, en cuyas pancartas allí citadas, se trata de la pasividad del Estado, amenazando públicamente, que ni la muerte ni las jaulas, los derrotarán, refiriendo más tarde una guerra civil que contra el Estado y el Capital, mantiene ese centro, y que seguirán en pie “contra el poder”, lo cual no implica sino hechos claramente antijurídicos que deslegitiman toda acción protectora que la Constitución Política haya creado para mantener el Estado de Derecho y la paz social de que hoy goza la República¹⁰.

Lo que un conjunto de RdA que se han venido decidiendo en el último tiempo muestra, sin embargo, es que individuos que adhieren a ideologías críticas (aun cuando se trate de doctrinas que promueven la erradicación de la autoridad estatal) sí pueden obtener resguardo constitucional. Lo obtienen, en un primer lugar –cuestión que prácticamente

⁹ Guérin, D., *El Anarquismo*, Ediciones Utopía Libertaria, Buenos Aires, 1975.

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 553-2009, 23 de marzo de 2010, considerando 6°.

consolida la tendencia identificada en 2013 por la profesora Miriam Henríquez¹¹— cuando las órdenes de expulsión dictadas en su contra son escrutadas a la luz de la razonabilidad (fundamento) que las acompaña, cuando ella está disponible (los casos muestran que ello no siempre es así)¹². Lo obtienen, en un segundo sentido menos obvio, por la mayor rigurosidad con que los tribunales han venido leyendo la hipótesis de expulsión a que se refiere el artículo 15 N° 1 del D.L. 1.094¹³.

Para los tribunales no es suficiente que las personas indicadas propaguen o fomenten de palabra o por escrito doctrinas antiestatales o antisistémicas. Sino que se demanda algo más. Exigen —como se aprecia— que esas doctrinas o ideologías hayan causado o puedan causar de manera comprobada alteraciones al orden social del país de modo de constituir un peligro para el Estado. Sin decirlo de manera expresa, los tribunales que han resuelto este tipo de casos han entendido que las expresiones (de eso hablamos, finalmente)¹⁴ pueden ser objeto de reproche (en este caso administrativo por medio de la expulsión) solo allí donde hay un peligro comprobado, claro y presente, de que alterarán el orden público¹⁵. Se evita, así, establecer una “conexión automática” entre las

¹¹ Henríquez, M., “¿Hacia una ampliación del *habeas corpus* por la Corte Suprema?”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 2, 2013, pp. 421-437.

¹² La ausencia de suficiente motivación fáctica frente a este tipo de expulsiones, sostuvo la Corte Suprema, transforma “el acto administrativo, en una mera afirmación de autoridad ...”. Corte Suprema, Rol N° 7080-2017, 7 de marzo de 2017, considerando 6°.

¹³ Esto, a pesar del voto de minoría en la causa Rol N° 1.897-2017. Para el autor de ese voto, ministro Juan Poblete, al tratarse de la “protección del Estado de Chile y de su pueblo” y habiendo involucrada “gente extranjera”,

(...) el estándar de justificación en situaciones como la de autos, estima que debe ser distinto e inferior al que se exige en un proceso penal para formar convicción de participación en hechos ilícitos, por tratarse solo de actividades antisistémicas que atentan en contra de nuestro Estado, alterando el orden social, más cuando en los hechos de esta naturaleza se constata participación de gente extranjera, sin que aquellos lleguen necesariamente a constituir un hecho delictual, pero que pueden llevar ciertamente a atentar gravemente en contra de nuestro pueblo (considerando 8° del voto de minoría).

¹⁴ Nótese, por ejemplo, que en algún caso similar las razones para la expulsión estaban basadas, simplemente, en la literatura que portaban los extranjeros expulsados (estudios postcoloniales, marxismo y anarquismo) y su ideología (sobre la que fueron consultados por agentes policiales). Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 84-2017 y 85-2017, 18 de abril de 2017.

¹⁵ La doctrina del peligro real e inminente se desarrolló a partir de una serie de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos durante la primera mitad del siglo XX. En un comienzo la Corte fue más bien deferente al establecimiento de sanciones criminales contra ciertos discursos, en especial cuando participaban extranjeros. Por supuesto que se trató de decisiones adoptadas en medio particulares períodos que, a decir de Blasi, lejos de contexto de regularidad democrática, pueden ser calificados como “momentos patológicos”, aquellos en que la existencia de ciertas dinámicas —como la formación de un Estado o una guerra— aumentan radicalmente las posibilidades de que aquellos que abrazan visiones poco ortodoxas sean castigados o perseguidos de manera sistemática para eliminar ese disenso. Blasi, V., “The Pathological Perspective and the First Amendment”, en *Columbia Law Review*, Vol. 85, N° 4, 1985, 449-514. Hoy la doctrina de peligro real e inminente se ha consolidado de modo de permitir la proliferación libre de ideas. Así, en *Communist Party of Indiana v. Whitcomb*, 414 U.S. 441 (1974), 449-50, sostuvo que “El principio constitucional que dispone que la libertad de expresión no debe permitir a un Estado prohibir o proscribir el llamado a hacer uso de la fuerza o la violación de la ley, salvo cuando ese llamado esté dirigido a incitar o provocar acciones ilegales inminentes y que es probable que ocurran, se aplica también a la regulación estatal

conductas descritas en el artículo 15 y los bienes jurídicos supuestamente protegidos¹⁶, de modo que lo que se sanciona no es la expresión filosófica, propiamente tal, sino que la incitación directa (y plausible) a cometer delitos¹⁷.

Algo similar ha entendido el Tribunal Constitucional cuando ha tenido la ocasión de leer aquella cláusula constitucional que de alguna manera recoge las palabras del D.L. 1.094 y que se encuentra en el capítulo relativo a derechos y deberes constitucionales. De acuerdo con el artículo 19 N° 15 i 6 del texto constitucional, una norma tributaria del antiguo artículo 8 del texto constitucional (que establecía un “pluralismo restringido”),

La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad.

Si bien es cierto que se trata de una hipótesis más restringida que la contemplada en el D.L. 1.094 –por de pronto se refiere a partidos, grupos y movimientos, al tiempo que circunscribe la inconstitucionalidad a “objetivos, actos o conductas”–, el Tribunal ha entendido que las limitaciones a garantías de especial relevancia democrática, como las de asociación y libre expresión, deben ser excepcionales¹⁸. Por lo mismo, los requerimientos de este orden deben evaluarse con especial cuidado, aplicándolo solo a “los casos más graves, como *ultima ratio*, frente a un riesgo o amenaza real para la Constitución”¹⁹.

En definitiva, el acercamiento que se advierte de las cortes de apelaciones al examen de las expulsiones de extranjeros, cuando se encuadran dentro de la figura del artículo 15 N° 1 del D.L. 1.094, muestra que han estado dispuestas a examinar la existencia de un fundamento fáctico que haga procedente la sanción. Lo novedoso no descansa tanto en el control de (ciertos) actos de la administración, como en la necesidad de tener que acreditar una relación (clara e inminente) entre las acciones castigadas (propagar o fomentar de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas) y la afectación (destruir o alterar por la violencia) de los bienes jurídicos que se dice proteger (el orden

que ordena el acceso a la cámara secreta de votación, a la libertad de asociarse al partido político que uno elija, al derecho a introducir el voto y al derecho a postular a un cargo, todos los que representan intereses tan relevantes como otros intereses que esta Corte antes ha protegido frente a regulaciones legales contrarias a las Enmiendas Primera y Catorce”. Un estándar similar ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no utilizando las expresiones desarrolladas, y hasta cierto punto quizá sin ser influenciado, por la Corte Suprema de Estados Unidos. Sottiaux, S., “The ‘Clear and Present Danger’ Test in the Case Law of the European Court of Human Rights”, en *ZaōRV*, Vol. 63, 2003, pp. 653-679.

¹⁶ González, F., “Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile”, en González, F. (editor), *Libertad de Expresión en Chile*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 209-11.

¹⁷ Barendt, E., *Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford (2ª ed.), 2005, p. 165.

¹⁸ Tribunal Constitucional, STC Rol N° 567-2006, 2 de junio de 2010, considerando 45°.

¹⁹ *Ibid.*, considerando 51°.

social del país o su sistema de gobierno). Si bien no se ha articulado explícitamente una protección más vigorosa, la que podría configurarse al identificar otros derechos que concurren a la defensa de los involucrados²⁰, como la libertad de expresión, este estándar más exigente de escrutinio avanza en una dirección adecuada²¹.

²⁰ En efecto, la práctica constitucional nacional indica, como acertadamente se ha mostrado, que el RdA –establecido originalmente para la tutela de la libertad personal y la seguridad individual– se ha expandido para incorporar la protección de otros derechos (como la afectación de la familia en caso de expulsiones de extranjeros). Henríquez, “¿Hacia una ampliación del *habeas corpus* (...)”, cit., pp. 426-7.

²¹ En efecto, una comprensión adecuada de las garantías que rodean al ejercicio de la libertad de expresión podría sugerir que, además de la prohibición de censura previa, el texto constitucional requiere no solamente que circulen las ideas, expresiones y opiniones, sino además que el régimen de sanciones ulteriores no descansa únicamente en las propias expresiones (sin que medie el peligro real e inminente que las cortes de apelaciones vienen acá echando de menos) –aunque quizá sería suficiente enfatizar que el texto constitucional demanda “delitos y abusos” en el ejercicio de la libertad, y no meramente su ejercicio–. Alguna conexión podría trazarse al respecto en la misma sentencia del Tribunal Constitucional citada antes (Nº 567-2006), cuando este afirma que la libertad de expresión, por su parte, desempeña un papel fundamental en la sociedad democrática, pues permite el debate de ideas, el intercambio de puntos de vista, emitir y recibir mensajes, la libre crítica, la investigación científica y el debate especulativo, la creación artística, el diálogo sin restricción, censura ni temor, y la existencia de una opinión pública informada (considerando 31º).