

Sentencia N° Rol 2273 de Tribunal Constitucional

Santiago, cuatro de julio de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 19 de julio de 2012, don Daniel Alertte, de nacionalidad haitiana, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile, para que surta efectos en el proceso sobre recurso de protección, caratulado “Alertte Daniel/ Subsecretario del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública”, Rol N° 21751-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

El texto de los preceptos objetados en autos es del siguiente tenor:

“Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose 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.

Las referencias que deberán contener las solicitudes que presenten los extranjeros, para el otorgamiento de estos permisos, los plazos dentro de los cuales deben presentarlos, los documentos que deberán adjuntar y el trámite de ellos, serán establecidos en el reglamento.”.

“Artículo 64.- Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:

N° 2.- Los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas.”.

“Artículo 67, inciso segundo.- Revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país.”.

El recurso de protección en el que incidirá el pronunciamiento de inaplicabilidad fue interpuesto por el requirente, con el objeto de impugnar los actos de la autoridad administrativa en cuya virtud se le ordenó que abandonara el país. En el marco de ese proceso, el conflicto de constitucionalidad que presenta al Tribunal Constitucional consiste en determinar si la aplicación de los tres preceptos reprochados, que ha 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.

A efectos de explicitar el mencionado conflicto, el requirente expone los hechos que dieron origen a la gestión pendiente. Expone pormenorizadamente que pese a su colaboración con la Administración del Estado para regularizar su situación, no se dejó sin efecto la orden para que abandonara el país. Lo anterior, en el marco de una permanente negligencia de parte del Departamento de Extranjería y Migración en orden a permitirle conocer el estado de su situación migratoria para regularizarla, cuestión que vino a ser enmendada sólo gracias a la intervención de otros organismos estatales, como lo son el Consejo para la Transparencia, la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas y la Comisión Defensora Ciudadana. 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.

En cuanto a las infracciones constitucionales denunciadas, el requirente se refiere a dos órdenes de cuestiones, a saber los derechos constitucionales afectados por la aplicación de las normas reprochadas y la forma en que la aplicación de cada una de ellas produce una infracción constitucional.

En lo que se refiere a los derechos constitucionales afectados, expone los siguientes cuatro puntos que se describen a continuación.

Primero: alega que la orden de abandono del país, decretada por aplicación de las normas objetadas, vulnera el derecho a la igualdad. Explica que la orden de abandono dictada por la autoridad administrativa supone la aplicación de estatutos diversos a chilenos y extranjeros. Ello, porque si la Dirección del Trabajo declara falso el contrato de trabajo de un chileno no lo expulsa del país, en circunstancias que si la falsedad del contrato de trabajo afecta a un inmigrante se le condena al abandono del mismo. Además, la desigualdad se agrava porque los ciudadanos extranjeros, a diferencia de los chilenos, no tienen posibilidad alguna de descargo frente a las actuaciones de la Administración.

Segundo: esgrime que la aplicación de la normativa impugnada vulnera el principio de inocencia. Lo anterior, puesto que el extranjero es sometido a una fuerte sanción, como lo es el abandono del país, sin que exista una condena producto de un proceso previo, racional y justo.

Tercero: aduce que la aplicación de la normativa impugnada vulnera el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, toda vez que es la autoridad administrativa la que se erige como órgano que condena a abandonar el país, sin que exista un proceso previo, ante órganos jurisdiccionales, que le permita al extranjero efectuar adecuadamente sus descargos.

Cuarto: alega que la aplicación de la normativa impugnada vulnera el derecho al debido proceso, desde el momento que posibilita que normas reglamentarias regulen el procedimiento referido a las solicitudes de visación, en circunstancias que, según la Constitución Política, los procedimientos que afecten derechos fundamentales deben ser establecidos en la ley.

En cuanto a la forma en que la aplicación de cada uno de los preceptos reprochados afecta los derechos fundamentales, el requirente expone lo siguiente.

En primer lugar, se refiere al artículo 13, inciso primero –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-. Al respecto, alega que la aplicación de esta disposición vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que posibilita la confusión entre discrecionalidad y arbitrariedad, al facultar a la autoridad para hacer discriminaciones entre chilenos y extranjeros.

En segundo lugar, el requirente se refiere al artículo 13, inciso segundo –que entrega al reglamento la regulación del plazo y contenido de las solicitudes de visación y su tramitación-. Esgrime sobre esta disposición que su aplicación vulnera el debido proceso, no sólo porque no permite efectuar al extranjero descargo alguno, sino, además, porque de conformidad al mandato constitucional debe ser el legislador el que establezca el proceso y las garantías para que éste sea racional y justo.

En tercer lugar, el requirente formula cuestionamientos de constitucionalidad respecto del artículo 64, N° 2° -que establece la facultad para rechazar solicitudes de visación cuando se hagan declaraciones falsas para sustentarlas-. Aduce que la aplicación de este precepto vulnera el principio de juridicidad, desde el momento que permite a la autoridad administrativa actuar fuera del ámbito de sus atribuciones. Lo anterior, pues la faculta para calificar la veracidad de los contratos de trabajo presentados por el requirente, en circunstancias que ello corresponde a los tribunales de justicia.

Finalmente, el requirente efectúa sus impugnaciones al artículo 67, inciso segundo – que prescribe que revocada o rechazada una autorización de visación, el Ministerio del Interior procederá a fijar un plazo prudencial, no inferior a 72 horas, para que los extranjeros abandonen voluntariamente el país-. Aduce que esta disposición vulnera el principio de inocencia, principio del derecho penal que resulta aplicable en el derecho administrativo sancionador. A su juicio, la vulneración se produciría por cuanto se condena al extranjero a

abandonar el país sin que exista un proceso previo legalmente tramitado, en el que pueda efectuar sus descargos.

Por resolución de 24 de julio de 2012, la Segunda Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento y, en la misma oportunidad, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al Subsecretario del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y al Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en su calidad de partes en la gestión judicial en que incide, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Por escrito presentado el 13 de septiembre de 2012, el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública formuló sus observaciones al requerimiento, en base a los siguientes siete argumentos que se describen a continuación.

Primero: se debe rechazar el requerimiento pues lo que se está impugnando realmente es la eventual arbitrariedad de un acto administrativo, como lo es la orden de abandono, cuestión que no es objeto de la acción de inaplicabilidad.

Segundo: en cuanto a la alegación de que se vulneraría el derecho a la igualdad, ésta debe descartarse, toda vez que tanto la Constitución como los tratados internacionales permiten establecer diferencias entre chilenos y extranjeros, partiendo de la base de que se trata de personas que se encuentran en situaciones distintas. Es por ello que ambas normativas facultan a los Estados para establecer requisitos especiales para el ingreso y permanencia de los extranjeros. Baste citar al efecto el artículo 19, N° 7°, letra b), de la Constitución y la Declaración de Derechos Humanos de los que No son Nacionales del País en que Viven. Por otra parte, es un razonamiento forzado concluir que se discrimina arbitrariamente a los extranjeros porque sólo a ellos -y no a los nacionales- se les puede

ordenar abandonar el país por presentar un contrato de trabajo falso. Lo anterior, pues, tal como lo hacen otros cuerpos legales, el aludido Decreto Ley N° 1.094, cuyos preceptos se impugnan, sanciona al que presenta una documentación falsa. Recuerda, a modo de ejemplo, que la Ley General de Bancos castiga penalmente al que presenta antecedentes falsos para obtener un crédito.

Tercero: no se vulnera el principio de presunción de inocencia atendido que, en el caso de rechazo de una solicitud de visación o de renovación, todo acto de la autoridad migratoria es notificado, con el objeto de que se puedan interponer los recursos que contemplan el mismo Decreto Ley N° 1.094 y la Ley N° 19.880.

Cuarto: no se vulnera el derecho al debido proceso. Al respecto, recuerda que el Tribunal Constitucional ha señalado que las garantías integrantes del debido proceso se deben vincular con la naturaleza del proceso de que se trate. Así, el legislador tiene un margen amplio para determinarlas. Por otra parte, indica que el requirente no explica con claridad por qué el artículo 13, inciso primero, referido a las atribuciones del Ministerio del Interior, lo transforma en una comisión especial. Esta disposición sólo señala que será el órgano encargado de conocer y resolver las solicitudes administrativas de visación y no por ello se transforma en un órgano jurisdiccional.

Quinto: el artículo 13, inciso segundo, no vulnera el principio de legalidad del proceso al confiar al reglamento la regulación de la tramitación de las solicitudes de visación, pues sólo entrega al reglamento la determinación de aspectos formales a observar al momento de solicitar una visa.

Sexto: el artículo 64, N° 2°, que faculta al Ministerio del Interior para rechazar o revocar solicitudes de visación, por haberse presentado un antecedente falso, no vulnera el principio de juridicidad. Ello, pues la determinación acerca de si el antecedente es falso corresponde a la Policía de Investigaciones y no al Ministerio del Interior, como afirma el requirente. A su vez, la Ley N° 19.880 faculta a la autoridad administrativa para que realice los actos necesarios para comprobar los datos en virtud de los cuales debe pronunciar el acto que ordena el abandono.

Séptimo: el artículo 67, inciso segundo, al facultar a la autoridad administrativa para disponer el abandono del país, no vulnera el principio de inocencia. Lo anterior, pues la consecuencia legal del rechazo o de la revocación no es una sanción como la expulsión del país, sino tan sólo la solicitud de abandono voluntario.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 29 de noviembre de 2012, oyéndose los alegatos de los abogados Rodrigo Godoy y Franz Möller, por el requirente, y del abogado Iván Levi, por el Consejo de Defensa del Estado. Con igual fecha, esta Magistratura decretó, como medida para mejor resolver, oficiar a la Policía de Investigaciones de Chile para que acompañara los antecedentes que tuvo a la vista para aplicar el artículo 64, N° 2°, de la Ley de Extranjería a don Daniel Alerte, medida que fue debidamente cumplida.

Posteriormente, con fecha 15 de enero de 2013, el Tribunal adoptó el respectivo acuerdo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que se inició el presente proceso constitucional por requerimiento deducido por don Daniel Alerte, solicitando la declaración de inaplicabilidad de los artículos 13, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre los extranjeros en Chile, para que surta efectos en el proceso sobre recurso de protección, caratulado “Alerte Daniel/ Subsecretario del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública”, Rol N° 21751-2012, sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

SEGUNDO: Que los preceptos legales cuestionados han sido transcritos en la parte expositiva de esta sentencia, en la cual también se ha consignado debidamente la enunciación de las alegaciones y fundamentos de derecho hechos valer por el requirente y por la parte requerida, así como las resoluciones, comunicaciones y certificaciones que dan cuenta de la sustanciación de este proceso constitucional;

TERCERO: Que, traídos los autos en relación y terminada la vista de la causa, se procedió a votar el acuerdo respectivo, produciéndose empate de votos respecto de los artículos 13, inciso segundo, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, con lo cual, atendido el quórum calificado exigido por la Carta Fundamental para acoger esta clase de requerimientos y teniendo en cuenta que, por mandato de la letra g) del artículo 8° de la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal, el voto del Presidente no dirime un empate en estos casos, se tuvo por desechado el requerimiento en esta parte por no haberse alcanzado el quórum constitucional necesario para ser acogido;

CUARTO: Que la determinación de esta sentencia, por ende, se restringirá al examen de la potestad discrecional del Ministerio del Interior para rechazar el otorgamiento de visados a los extranjeros que ingresen al país. En tal sentido, no serán parte de este pronunciamiento el principio de reserva legal que regula esta materia (artículo 13, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094), ni el rechazo de la solicitud de visado por la presentación de declaraciones falsas (artículo 64 N° 2 del Decreto Ley N° 1.094), ni la salida de los extranjeros del país, sea que se estime expulsión administrativa o abandono voluntario (artículo 67 del Decreto Ley N° 1.094) ni los actos administrativos mismos que se dictaron en relación a estas normas para este caso concreto, sin perjuicio de las prevenciones que al efecto los Ministros indican más adelante;

I.- Cuestiones sobre las cuales no se pronuncia esta sentencia.

QUINTO: Que esta sentencia expresará consideraciones, exclusivamente, sobre una de 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;

SEXTO: Que, en virtud de lo anterior y sin perjuicio de existir una unidad conceptual en el desarrollo de la potestad administrativa de policía de seguridad en materias de extranjería, esta sentencia sólo se limitará al examen del ingreso del extranjero a Chile y

los requisitos exigibles para la obtención del visado correspondiente. Por tanto, las reglas relativas a su incumplimiento y que se manifiestan en la potestad discrecional del Ministerio del Interior para ordenar la expulsión administrativa de extranjeros fuera del país, así como las garantías del debido proceso para llevar a cabo una orden de esta naturaleza, sólo serán objeto de prevenciones por parte de algunos Ministros de este Tribunal y, en consecuencia, la sentencia no se referirá a los artículos 64, numeral 2º, y 67 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975;

II.- La facultad de rechazar visados como potestad discrecional del Ministerio del Interior.

SÉPTIMO: Que la norma objeto del reproche constitucional indica lo siguiente:

“Artículo 13.- Las atribuciones que correspondan al Ministerio del Interior, para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva serán ejercidas discrecionalmente por éste, atendándose 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 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.

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;

III.- Todo extranjero tiene derecho a emigrar.

OCTAVO: Que la migración no es un fenómeno nuevo y que ha estado presente a lo largo de la historia, es un dato de la realidad, pero ahora se caracteriza por un desafío nuevo: la regulación internacional y estatal. Todo este proceso se desarrolló durante el siglo XIX en un contexto de vacío legal. Sin embargo, “la era moderna de la migración se caracteriza por los esfuerzos de colocar la migración internacional dentro de un marco legal. La fundación de las Naciones Unidas y la Convención de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados establecieron un procedimiento mediante el cual las personas perseguidas podían buscar asilo sin temor a una repatriación injustificada” (Ian Goldin y Kenneth Reinert, *Globalización para el desarrollo*, Planeta, The World Bank, Bogotá, 2006, p. 221). En tal sentido, este orden jurídico exige un “nivel mínimo de civilización” (Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional*, citado por Francisco Zúñiga, “El estatus constitucional de extranjeros”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 203, año LXVI, 1998, p. 305) y donde las normas internacionales, el derecho interno y el desarrollo jurisprudencial establecen la respectiva evolución de un mínimo coherente con la dignidad humana;

NOVENO: Que en el siglo XXI, un 3 % de la población mundial se encuentra viviendo fuera de su lugar de origen y esta cifra sigue creciendo. Hay un conjunto de factores que promueven la migración: la necesidad de salir de la pobreza extrema, la diáspora de una guerra o confrontación civil, un desastre ecológico, una catástrofe natural, la progresión en

los estudios o el libre intercambio comercial. Esta migración tiene una orientación predominante, va desde los países más pobres hacia los desarrollados, se manifiesta una tendencia de lógica Sur-Norte y encuentra múltiples modalidades de tipificación del migrante, desde aquel que carece de destrezas laborales hasta aquel calificadísimo que genera el problema de la fuga de cerebros. Pero dentro de los factores inhibitorios de la migración está la incertidumbre social, económica, familiar y jurídica en que se desenvuelve (Ian Goldin, “Globalizing with Their Feet: The opportunities and costs of International Migration”, en Vinay Bhargava (ed.), *Global issues for global citizens*, The World Bank, Washington DC, 2006, pp. 107-111). La decisión de migrar, a veces empujada por circunstancias fatales, está rodeada de enormes riesgos y costos. La decisión de intentarlo, la búsqueda de apoyos y de medios económicos y legales para salir de su país se constituye en un escenario de máxima fragilidad y vulnerabilidad, común a todo migrante, y peor en aquellos que poseen una situación más desventajada. Desde sortear una frontera, enfrentar a una policía en otro idioma, solicitar apoyo en redes que se estiman confiables y pueden ser delictivas, certificar las ofertas laborales, los estudios y determinar el momento en que la familia lo acompañe. Todas son decisiones complejas, compiladas en brevísimo tiempo, que afectan sustantivamente las vidas de los emigrantes. Estas definiciones corresponden a situaciones cotidianas que alientan sistemáticamente el proceso de globalización en todo el mundo. Y la situación chilena no está ausente de tal dinámica. La naturaleza abierta de nuestra economía, orientada a la reducción de las barreras arancelarias, promotora de la adopción amplia de tratados de libre comercio y con resultados que implican más de una veintena de acuerdos con 60 países, con accesibilidad a mercados potenciales de más de 4.200 millones de personas en todo el mundo (www.direcon.cl, Dirección Económica del Ministerio de Relaciones Exteriores, 2013), da buena cuenta de ello. Todo esto cambia el modelo de relación con los bienes, las personas y potencia el consiguiente flujo migratorio.

La globalización no sólo es económica, también es cultural y de seguridad. Las Naciones Unidas, intermediadas por una decisión del Consejo de Seguridad, despliegan a lo largo del mundo Operaciones de Paz en auxilio de países en crisis o con severas deficiencias

de sus Estados. La más emblemática de todas las Operaciones de Paz en las cuales ha participado Chile es Minustah-Haití, desde marzo de 2004 hasta la fecha, circunstancia que ha ampliado los vínculos políticos, económicos y sociales con esa nación y que se encuentra en el origen de la situación concreta en esta causa, toda vez que modificó la ruta migratoria, situando a Chile en el horizonte real de la perspectiva del ciudadano haitiano;

DÉCIMO: Que, frente a esta realidad, el punto de partida es sostener, junto a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que toda persona tiene el derecho a emigrar de su país. Es así como el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que:

“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

Este artículo ha sido objeto de desarrollo y concreción jurídica por parte del Pacto respectivo. Es así como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.”

Todo lo anterior “ha generado en los seres humanos la creencia de la existencia de un derecho, el derecho a emigrar, que si bien en su formulación genérica no tendría por qué ser problemático, sí que lo es una de sus dimensiones asociadas, como es la supuesta existencia de un derecho a ser recibido” (Rafael de Asís, *Cuestiones de derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 93);

IV.- El derecho a inmigrar y el deber estatal de recibir.

DECIMOPRIMERO: Que el derecho a emigrar de toda persona no supone el deber de los Estados de consagrar la inmigración como un derecho subjetivo de los extranjeros. Ya lo sostenía Andrés Bello a mediados del siglo XIX en los siguientes términos: *“Según el Derecho externo, el soberano puede prohibir la entrada en su territorio, ya constantemente y a todos los extranjeros en general, ya en ciertos casos, o a cierta clase de personas, o para ciertos objetos. Según el Derecho interno, la prohibición debe fundarse en justicia, en motivos razonables de seguridad o conveniencia. De todos modos, es necesario que sea pública, y que lo sean también la pena en que se incurra por la desobediencia, y las condiciones con que se permite la entrada”* (Andrés Bello, Principios de Derecho Internacional, Parte primera, Capítulo V, Biblioteca Americana, www.cervantesvirtual.com).

Tales criterios que contenía el derecho estatal y sus limitaciones evolucionaron con las Declaraciones de Derechos Humanos y, especialmente, a partir de la Convención sobre Condición de los Extranjeros (Conferencia Internacional Americana de 1928 de La Habana) y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Naciones Unidas, 1951).

Los Pactos Internacionales concretaron los contenidos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en esa medida se han ido especificando tales contenidos. Es así como en la Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 27° período de sesiones de 1986, por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se indica en su párrafo 5 que:

“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia,

por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”.

Adicionalmente, la Observación General N° 27, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité en 1999, interpretó el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el sentido de que

*“la cuestión de si un extranjero se encuentra *legalmente* dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado” (párrafo 4 parcial de la Observación General N° 27).*

Por tanto, el deber estatal de recibir es una cuestión sometida al derecho interno de cada Estado, pero cumpliendo las obligaciones propias del Derecho Internacional. Lo anterior exige un particular cuidado en el ejercicio de la potestad administrativa y legislativa de cada Estado, con un examen de las limitaciones propias de los derechos fundamentales invocados;

DECIMOSEGUNDO: Que los límites que el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su numeral 3° indican que:

“los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.”.

En similar posición, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 2.3, indica que el ejercicio del derecho de circulación y de residencia:

“no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”;

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, en la Observación General N° 15 sobre la situación de los extranjeros, ya citada, se expresa en su párrafo 5 que *“El Pacto no reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él. En principio, corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Sin embargo, en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto, incluso respecto de cuestiones de ingreso o residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de la familia”*.

- Que el Estado puede condicionar su consentimiento al ingreso de un extranjero al país, bajo una serie de condiciones normativas previstas por ley, relativas a circulación, residencia, empleo o condiciones generales al extranjero en situación de tránsito. *“No obstante, una vez que se les permite entrar en el territorio de un Estado Parte, los extranjeros tienen todos los derechos establecidos en el Pacto”* (Párrafo 6, parte final, de la Observación General N° 15 sobre la situación de

los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 27º período de sesiones de 1986, por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas).

- 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 67º 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).

- Adicionalmente, existe una amplia reivindicación de normas internacionales, interpretaciones y criterios que limitan el derecho de los Estados para expulsar extranjeros de conformidad a un procedimiento que garantice una tutela judicial efectiva y un debido proceso. No obstante, tales criterios no son objeto de esta sentencia, que ha excluido de sus razonamientos la facultad estatal de ordenar la expulsión del país.

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;

V.- En el Derecho Comparado se distingue entre extranjeros y nacionales o ciudadanos para el ejercicio del derecho de circulación y residencia.

DECIMOCUARTO: Que, sin perjuicio de que el derecho a emigrar no tiene un correlativo simétrico en el derecho a inmigrar y en el deber de recibir, se reconoce que los Estados pueden regular internamente esta materia, siguiendo las limitaciones enunciadas en el considerando anterior. Por lo mismo, múltiples Constituciones establecen las distinciones expresas del caso. A título ejemplar citaremos un conjunto relevante de ordenamientos que hacen esa diferencia en sus textos constitucionales:

- En el caso de Alemania, el artículo 11.1 de la Ley Fundamental de Bonn establece que *“todos los alemanes gozarán de libertad de movimiento y de residencia (Freizugikeit) en la totalidad del territorio federal”* y, en cambio, deriva a reserva de ley, en el artículo 74.4, *“el derecho de residencia y establecimiento de los extranjeros”*.
- En Argentina, el artículo 14 de su Constitución reserva el derecho *“de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”* sólo a los *“habitantes de la Nación”* y reserva el artículo 20 de su Carta Fundamental para el reconocimiento de los derechos de los extranjeros, no incorporando el derecho aludido dentro de los referidos.
- En Brasil, *“todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País”*

*la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: (...) XV) Es libre el desplazamiento en el territorio nacional en tiempo de paz, pudiendo cualquier persona, en los términos de la ley, entrar en él, permanecer o salir de él con sus bienes” (artículo 5, XV, de la Constitución de Brasil). En cambio, “*compete privativamente a la Unión legislar sobre :(...) XV. Emigración e inmigración, entrada, extradición y expulsión de extranjeros” (artículo 22 de la Constitución de Brasil).**

- El caso de Canadá es doblemente interesante, tanto por tratarse de una Carta de Derechos relativamente reciente como por ser un país con una política migratoria muy activa. Pese a ello, utiliza la dicotomía ciudadano/extranjero. Es así como el artículo 6.1 reconoce a los ciudadanos el derecho de residencia y circulación. La diferencia estriba en que, en el artículo 6.3 b), mandata al legislador para establecer requisitos razonables de residencia como la calificación y la recepción y provisión de servicios sociales.

- En Colombia, se garantiza que “*todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia*” (artículo 24 de la Constitución colombiana). Por contrapartida, “*los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley*” (artículo 100 de la Constitución colombiana).

- En España, “*los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*” (artículo 13 de la Constitución española). Pero “los

españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional” (artículo 19 de la Constitución española).

- En el caso italiano, una vez más se contrasta la categoría nacional/extranjero. Es así como “la situación jurídica de los extranjeros se regulará por la ley de conformidad a las normas y los tratados internacionales” (artículo 10, inciso segundo, de la Constitución italiana). Por su parte, “todo ciudadano podrá circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones que la ley establezca de modo general por razones de sanidad o de seguridad. Ninguna restricción podrá estar motivada por razones políticas. Todo ciudadano será libre de salir del territorio de la República y de regresar a él, salvo las obligaciones que la ley imponga” (artículo 16 de la Constitución italiana).

- En el caso portugués, la Constitución dispone una regla amplia de derechos basados en el principio de universalidad (artículo 12) y a partir de allí le reconoce a los extranjeros y apátridas que se encuentren o residan en Portugal el goce de los derechos y la sujeción a los deberes “del ciudadano portugués”. Pero aun con una amplia titularidad de derechos fundamentales para los extranjeros, garantiza el derecho de desplazamiento y emigración a todos los ciudadanos, a quienes reconoce “*el derecho de trasladarse y afincarse libremente en cualquier parte del territorio nacional. 2. Se garantiza a todos el derecho a emigrar o salir del territorio nacional, así como el derecho de regreso*” (artículo 44 de la Constitución de Portugal);

DECIMOQUINTO: Que esta revisión de relevantes Constituciones permite una lectura de lo que sus constituyentes definieron como el ámbito protegido del derecho de residencia y de libre circulación en relación con los extranjeros. Es probable que su legislación y jurisprudencia hayan desarrollado estas normativas a partir de sus contenidos constitucionales directamente establecidos. Pero lo relevante es la fuerza de la distinción entre ciudadanos-nacionales en comparación con los extranjeros. Es evidente que su

titularidad no es la misma. Habrá que preguntarse si la Constitución chilena sigue esta tendencia;

VI.- Algunos rasgos históricos del tratamiento constitucional y legal del ingreso a Chile.

DECIMOSEXTO: Que la historia constitucional chilena expresa un conjunto importante de criterios. Primero, que los ensayos constitucionales iniciales de nuestra República revelan una amplia consideración al extranjero con articulados que sostienen que *“el español es nuestro hermano. El extranjero deja de serlo si es útil (...) A nadie se impedirá venir al país, ni retirarse cuando guste con sus propiedades”* (artículo 24 del Reglamento Constitucional de 1812). También la Constitución de 1818 reconoce que *“a ninguno se le puede privar de la libertad civil, que consiste en hacer todo lo que no daña a la religión, sociedad o a sus individuos, y en fijar su residencia en la parte que sea de su agrado, dentro o fuera del Estado”* (Capítulo I, Título I, artículo 10 de la Constitución de 1818). La Constitución de 1828 le reconoce los derechos imprescriptibles a la libertad a todo “hombre” (artículo 10) y en una simbólica regla especial establece que *“en Chile no hay esclavos; si alguno pisase el territorio de la República recobra por este hecho su libertad”* (artículo 11 de la Constitución de 1828), circunstancia aplicable casi en exclusiva a extranjeros. En segundo lugar, ya la Constitución de 1833 reconoció este derecho a “todos los habitantes de la República” (artículo 12) y su numeral 4° lo refirió a la *“libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, i salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes”*. Esta disposición introdujo la noción de “habitante”, dotada de una ambigüedad que no implicó un desarrollo de la tesis fuerte que distingue entre ciudadanos-nacionales vs. extranjeros. Más bien, hay normas y referencias doctrinarias que indican la subsistencia de

una titularidad amplia de derechos en favor de los extranjeros. Es así como Jorge Huneeus comenta respecto de esta terminología que *“la Constitución de un país bien organizado debe evitar tales extremos, i, para ello, debe asegurarse, lo que es mui diverso de conceder, a todos los habitantes del Estado, sean nacionales o extranjeros, sin distinción alguna, todos aquellos derechos que corresponden al ser racional por el hecho solo de serlo; cuidando de señalar ella misma los únicos casos en que es lícito a toda autoridad, aun al legislador mismo, poner limitaciones al ejercicio de estos derechos. (...) He aquí por qué si en materia de derechos políticos se establecen siempre distinciones, más o menos marcadas, entre los nacionales i los extranjeros, ellas no son admisibles con relación a los derechos primitivos o naturales”* (Jorge Huneeus, citado por Francisco Zúñiga, “El estatus constitucional de extranjeros”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 203, año LXVI, 1998, p. 326). En tercer lugar, una regla especial de la Constitución de 1833 ratifica un entendimiento amplio de esta titularidad. Es así como el artículo 132 viene a reiterar una norma que ha llegado parcialmente hasta nuestros días y que revela parte de las mejores tradiciones del humanismo constitucional chileno: *“En Chile no hai esclavos, i el que pise su territorio queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni naturalizarse en la República”*. A contrario sensu, salvo el extranjero dedicado a la trata de esclavos, todos los demás son bienvenidos sin restricciones ni cortapisas;

DECIMOSÉPTIMO: Que esta configuración constitucional se plasmó en uno de los pilares del ordenamiento jurídico decimonónico: el Código Civil. Es así como su artículo 57 estableció que *“la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código”*. Justamente los artículos siguientes del Código se dedican a hacer efectivos los derechos que dimanaban del domicilio político y civil;

DECIMOCTAVO: Que esta misma apreciación de titularidad amplia y sin distinciones la tenía el legislador encargado de elaborar, debatir y promulgar leyes de extranjería. Este es el ejemplo de la Ley N° 3.446, *“que impide la entrada al país o la*

residencia en él de elementos indeseables". Se trata de una ley publicada el 12 de diciembre de 1918 en un contexto muy particular. Había concluido la Primera Guerra Mundial, ya era notoria la crisis irreversible de la industria del salitre, la Revolución bolchevique se expandía en el mundo y la República pseudo-parlamentaria en Chile estaba pronta a caer. Manuel Rivas describe que *"para los elementos productores representados en el Congreso, la mejor solución era dictar pronto la ley de residencia, que permitiera impedir la entrada y arrojar del país a los elementos extranjeros subversivos (...)"* (Manuel Rivas Vicuña, *Historia política y parlamentaria de Chile*, Ediciones de la Biblioteca Nacional, Tomo II, 1964, p. 136). En tal contexto, esta ley dispuso que *"podrá impedirse la entrada al país de los extranjeros que hayan sido condenados o estén actualmente procesados por delitos comunes que el Código Penal califique de crímenes; de los que no tengan o no puedan ejercer profesión u oficio que los habilite para ganarse la vida, y de los que aparezcan comprendidos en alguno de los casos de enfermedad (...) del Código Sanitario"*. Asimismo, *"se prohíbe entrar al país a los extranjeros que practican o enseñan la alteración del orden social o político por medio de la violencia. Tampoco se permitirá el acercamiento de los que de cualquier modo propagan doctrinas incompatibles con la unidad o individualidad de la Nación; de los que provocan manifestaciones contrarias al orden establecido, y de los que se dedican a tráficós ilícitos que pugnan con las buenas costumbres y el orden público"* (artículos 1° y 2° de la Ley N° 3.446). Puede parecer un contrasentido la afirmación de que estas disposiciones contienen reglas de titularidad amplia de ingreso de los extranjeros a Chile. Lo cierto es que no lo es, puesto que una ley debía entregar potestades expresas para limitar la entrada al país de lo que se entendía era el ejercicio de una libertad natural. Asimismo, se trata de disposiciones facultativas y no imperativas. Y, finalmente, que operan bajo la regla de causales tasadas. Esta ley fue derogada por el artículo 96 del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, cuerpo legal sobre el cual se impugnan normas en este requerimiento. A esta normativa hay que agregar una legislación tan intensa como breve que regulaba la entrada y salida del país en tiempos de guerra y

conmoción interior, promulgada como Decreto Ley N° 671, de 17 de octubre de 1925, en el turbulento proceso de cambio constitucional de ese año;

DECIMONOVENO: Que la Constitución de 1925 reitera lineamientos históricos sobre la materia. Primero, establece que reconoce los derechos de los “habitantes de la Nación”. Segundo, en el artículo 10 N° 15 preserva el derecho de permanecer y residir sin distinción alguna. (*“15.º La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro o salir de su territorio, a condición de que se guarden los reglamentos de policía y salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser detenido, procesado, preso o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes”*). Tercero, configura una regla excepcional de impedimento absoluto de habitar en Chile (*“1.º La igualdad ante la ley. En Chile no hai clase privilegiada. En Chile no hai esclavos, y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República”*). Artículo 10 N° 1 de la Constitución de 1925). La aprobación de un nuevo texto fundamental no estuvo precedida de una reforma conceptual en todos y cada uno de los aspectos del nuevo orden constitucional. Tal es el caso de la libertad de locomoción. Un protagonista de dichas reformas, José Guillermo Guerra, sostiene que *“en este inciso, como en muchos otros puntos, se pasó de ligera, y habría convenido una pequeña detención”*. Y sugirió una reforma que incorporara dentro de la Constitución la “medida de seguridad y prevención, cuando se aplica a extranjeros indeseables, como simple *expulsión*, a virtud de la Ley N° 3.446, sobre residencia de extranjeros, de 12 de diciembre de 1918”. En tal sentido, él propuso la siguiente redacción al artículo 10 N° 15: *“La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro o salir del territorio, a condición de que se guarden los reglamentos de policía y salvo siempre el perjuicio de tercero. Las leyes podrán establecer penas opuestas a esta libertad, y la expulsión del territorio de la República, por razones de orden público”*. (José Guillermo Guerra, *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Balcells y Co., Santiago de Chile, 1929, pp. 147-148). Por supuesto que tal enmienda nunca nació a la vida del derecho. Por tanto, se mantiene una

libertad de locomoción y derecho de residencia sin distinciones, se le vincula al principio de igualdad y existe un mandato genérico de regulación normativa para el ejercicio del derecho y no de su impedimento o prohibición. Por lo demás, muchas veces se intentó tal reforma que nunca prosperó (Carlos Andrade Geywitz, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, pp. 194-195 y 200-201);

VIGÉSIMO: Que la dimensión analizada se refiere a la regla de la admisión general de extranjeros, pero aún es más estricta la legislación sobre el inmigrante. Según tratadistas de Derecho Internacional de la segunda mitad del siglo XX, *“la determinación de las condiciones para la admisión de extranjeros que pueda considerarse conforme con sus intereses nacionales, es materia de legislación nacional. En la mayoría de los casos, se admite libremente sólo a ciertas clases de extranjeros – tales como turistas o estudiantes-, mientras que los inmigrantes quedan sujetos a regulaciones relativamente severas. De hecho, los extranjeros que se encuentran física, moral o socialmente deficientes (sic), generalmente quedan excluidos de la admisión”* (Max Sorensen, *Manual de Derecho Internacional Público*, (1968), Fondo de Cultura Económica, México, novena reimpresión, 2004, pp. 461-462);

VIGESIMOPRIMERO: Que en esa perspectiva hay que analizar el Decreto con Fuerza de Ley N° 69, de 27 de abril de 1953, del Ministerio de Hacienda, que regula la situación específica de los migrantes. Se trata de una legislación que se origina en la crisis económica y social de la posguerra en Europa, que se entiende a sí misma como un esfuerzo tardío frente a otros países *“como Canadá, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelandia, Brasil, Argentina y Venezuela (que) han solucionado los problemas de la visación y dado facilidades de todo orden para las instalaciones de inmigrantes en sus territorios”* (considerando DFL N° 69), y que responde frente a las trabas burocráticas puesto que *“las disposiciones legales vigentes sobre internación y comercio constituyen hasta hoy día un serio obstáculo para los propósitos que persigue una política de inmigración en la forma que el país requiere”* (considerando DFL N° 69). Que sin perjuicio de consideraciones racistas (*“que la inmigración con elementos de selección contribuirá a*

perfeccionar las condiciones biológicas de la raza”), se trata de una normativa que aspira al ingreso amplio de inmigrantes (trabajadores agrícolas, pescadores, obreros especializados, artesanos y elementos técnicos). Esta normativa creó el Departamento de Inmigración dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, destacando dos atribuciones:

“a) *Proponer todas las iniciativas que convenga adoptar en lo relativo a una política de inmigración que incremente la capacidad productora y técnica del país y que mantenga y asegure la unidad espiritual de la nación, mediante la incorporación de elementos aptos y fácilmente asimilables, evitando el ingreso de individuos indeseables o inadaptables*” (...)

d) *Resolver, a requerimiento del interesado y previo informe del Cónsul recurrido, sobre procedencia o improcedencia de las solicitudes de reconsideración de una resolución*” (artículo 3° del DFL N° 69);

VIGESIMOSEGUNDO: Que la legislación indicada definió que el inmigrante “*es el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del presente decreto con fuerza de ley*” (artículo 5° del DFL N° 69). Asimismo, estableció que “*todo extranjero que desee emigrar a Chile deberá declarar por escrito y bajo juramento ante las autoridades diplomáticas o consulares, que se compromete a acatar la Constitución, las leyes, decretos y demás disposiciones que rigen en el territorio de la República*” (artículo 6°). A su vez creó dos modalidades de la inmigración: la libre y la dirigida. La libre es “*aquella en que el extranjero costea los gastos de su viaje y de su establecimiento en Chile*” (artículo 9° del DFL N° 69). En cambio, la dirigida es “*aquella que se efectúa con la ayuda económica de instituciones nacionales, extranjeras o internacionales y con el objeto de radicar al inmigrante en una zona determinada del país para que se dedique a labores agrícolas, forestales, ganaderas, mineras, pesqueras, industriales u otras que para cada caso determine el Ministerio de Relaciones Exteriores*” (artículo 10 del DFL N° 69).

Esta misma normativa estableció los derechos asociados a la política de colonización de determinadas zonas del territorio que promovió el Gobierno de Carlos Ibáñez del Campo;

VIGESIMOTERCERO: Que, adicionalmente, en julio de 1959 se promulgó la Ley N° 13.353, que *“dispone que los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de inmigrantes, turistas, residentes y residentes oficiales y establece normas sobre la materia”*. Esta fue una legislación que estableció las formalidades de ingreso reconociendo que los “inmigrantes” se regirán por el DFL N° 69 de 1953. Junto a ello se estableció que un inmigrante *“sólo podrá ingresar al país premunido de pasaporte u otro documento análogo, visado por las autoridades respectivas”*(artículo 3° de la Ley N° 13.353). Como efecto correlativo del anterior, si no cumple con las formalidades de ingreso se dispuso la siguiente regla: *“Los extranjeros que, por cualquier circunstancia o medio, ingresaren al territorio nacional sin dar cumplimiento a las exigencias y condiciones prescritas en las disposiciones legales y reglamentarias, podrán ser sujetos al control inmediato de las autoridades y trasladados a un lugar habitado del territorio de la República, mientras se regulariza su estada o se procede a su expulsión del país. En caso de acordarse la expulsión, deberá ser dispuesta por decreto supremo fundado. Iguales medidas podrán aplicarse a aquellos extranjeros que continuaren permaneciendo en Chile no obstante haberse vencido sus respectivos permisos”* (artículo 6° de la Ley 13.353). Este cuerpo legal contiene otras dimensiones propias del derecho correlativo al ingreso y que tienen que ver con los requisitos de permanencia, las revocaciones o rechazos de autorizaciones y la medida de expulsión, los medios coercitivos en manos de la Administración del Estado y una contrastación judicial débil de los procedimientos. Finalmente, esta normativa incluyó una de las tantas regularizaciones de los extranjeros que se encuentran en una estadía irregular a objeto de normalizar su residencia ante el Ministerio del Interior;

VIGESIMOCUARTO: Que, en síntesis, de los criterios normativos utilizados por el constituyente y por el legislador a lo largo de los siglos XIX y XX se deducen varias conclusiones. Primero, que el constituyente del 33 y del 25 ligó esta materia al principio de igualdad de trato entre los nacionales y los extranjeros. Y que tal determinación la profundizó con la normativa del Código Civil. Segundo, que el derecho de residencia y la libertad de locomoción los configuró para los “habitantes de la Nación”, preservando un

margen de maniobra respecto de quienes aún no habitan tal territorio. Que tal criterio resultaba común a la sensibilidad jurídica predominante en los principios generales del Derecho Internacional Público de la época. Tercero, que este margen de maniobra fue utilizado por el legislador para establecer reglas que diferenciaron el ingreso de extranjeros turistas, residentes e inmigrantes. Asimismo, estableció prohibiciones de ingreso de extranjeros basadas en criterios ideológicos, sanitarios y delictivos. Cuarto, que en reiteradas oportunidades el constituyente quiso establecer reglas en la Constitución que reservaran potestades de policía de seguridad para los procedimientos de autorización de ingreso de extranjeros y, especialmente, para su expulsión, pero no las incorporó definitivamente al ordenamiento interno;

VII.- Titularidad del derecho de ingreso al país en la Constitución.

VIGESIMOQUINTO: 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;

VIGESIMOSEXTO: Que todos los ordenamientos constitucionales extranjeros que citamos reconocen el derecho de residencia y la libertad de circulación o locomoción, especialmente, el derecho de ingresar al territorio del extranjero, bajo categorías que distinguen entre extranjeros vs. nacionales o ciudadanos. Esta diferencia permite fundar titularidades distintas en este derecho, siendo las personas, nacionales o ciudadanos, agentes propiamente de derechos fundamentales y, por ende, de derechos fuertemente resistentes, con garantías relevantes de orden jurisdiccional al servicio de su protección. En cambio, los derechos de residencia y circulación para extranjeros se sitúan bajo la fórmula de derechos de configuración legal, esto es con un amplio margen de discernimiento legislativo y una potencial reducción de sus garantías asociadas a la permanencia en el país. Justamente esta

distinción ampliaría los derechos estatales relativos a la discrecionalidad en la admisión de los extranjeros a nuestro país. Para ello, esta concepción debería estar establecida expresamente en el texto constitucional, de la misma manera que se intentó en 1925 ó en 1950, respecto de la Constitución de 1925, y que nunca se determinó como tal con precisión. Sin perjuicio de que ese texto constitucional reconoce con impropiedad esa posibilidad de distinción sobre la base del término “habitante”;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que la Constitución identifica tres ámbitos para determinar la titularidad de los derechos fundamentales, tanto genérica como específicamente ligado a cada derecho. El primer reconocimiento lo realiza la Carta Fundamental en el epígrafe del artículo 19 al disponer que “*la Constitución asegura a todas las personas*”. El segundo ámbito es aquel relativo a cómo se entiende la categoría de “extranjero” dentro del derecho de igualdad configurado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Y, finalmente, la titularidad específica del derecho involucrado la sostiene el texto constitucional al disponerlo, expresamente, en el artículo 19 N° 7, literal a), de la Constitución;

VIII.- La Constitución no distingue genéricamente entre extranjeros y chilenos en el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales.

VIGESIMOCTAVO: Que la titularidad genérica de derechos fundamentales tiene antecedentes claros en su génesis que impiden discriminar contra los extranjeros. Es así como en los estudios iniciales de la Constitución de 1980, la Comisión Ortúzar reproduce algunos de los fundamentos del cambio de la expresión “habitantes” del artículo 10 de la Constitución de 1925 por “personas” en el artículo 19 de la Constitución actual. Es así como se sostienen los siguientes argumentos para tal modificación:

- Alejandro Silva Bascuñán indica que *“esta palabra (habitantes), que tuvo como propósito ser muy expresiva, es superada por el ordenamiento jurídico, por cuanto, por un lado, hay derechos que la Constitución asegura incluso a personas que están fuera del *ámbito espacial* del ordenamiento jurídico –*

*empleando la fórmula de Kelsen- y que siguen en muchos aspectos, fuera de ese *ámbito espacial*, afectos a todas las seguridades dadas por la Constitución. De manera que esto constituye un progreso, como también lo es el que, con toda claridad, se da a entender que las personas cuyos derechos se garantizan no son sólo las naturales, sino que también las jurídicas”*(Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975). Un ejemplo prototípico de aquellos que están fuera del *ámbito espacial* de la soberanía de un ordenamiento jurídico son justamente los extranjeros que tienen un conjunto de derechos antes de entrar al país.

- José María Eyzaguirre (Presidente de la Subcomisión sobre derecho de propiedad) sostuvo que “pareció mucho más lógico usar la palabra *personas*, en primer lugar, porque el concepto *habitantes* (...) circunscribe el ámbito espacial de la garantía, en materias que muchas veces no lo deben estar, porque trascienden el espacio, y hoy día el Estado no sólo actúa dentro de su territorio físico, sino que también en vista del sinnúmero de relaciones internacionales, fuera de él” (Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975).

- Enrique Evans expresa “*que tiene dudas acerca de las bondades del reemplazo de los términos mencionados, y las tiene porque hay otras garantías constitucionales, si se piensa bien, que tampoco se aplican sólo a los *habitantes*, y es así como una persona puede no ser habitante del territorio y tener vinculación, de cualquier naturaleza, con este país y encontrarse, por ejemplo, en un plano de igualdad ante la ley. La única ventaja que observa en esto de decir *personas* en vez de *habitantes*, es impedir que, el día de mañana, se estime que el derecho de propiedad sólo ampara a quienes residen en Chile y, en consecuencia, si hay extranjeros no residentes, no habitantes, que tienen propiedades de cualquier especie en este país, a ellos les pudiera afectar otra normativa que no fuera ésta de la garantía constitucional del derecho de propiedad, o que se pudiera conculcar o expropiar en otra forma, confiscar, expoliar, para ser más amplio y más genérico, sus propiedades al margen de la garantía constitucional*”. Por tanto, Enrique Evans

aplica esta garantía expresamente a los extranjeros, aun cuando tiene dudas de referirlo únicamente al derecho de propiedad y, por lo mismo, señala con posterioridad que “él ha aclarado que si no se trata de una expresión dedicada al derecho de propiedad, sino a todo el capítulo de las garantías constitucionales, acepta la modificación” (Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975).

4. Pedro Jesús Rodríguez (integrante de la Subcomisión del Derecho de Propiedad) indicó *“que no hay cambios de conceptos, ya que se concuerda en que en el Derecho Constitucional, hasta el momento, la palabra *habitantes* ha sido interpretada en términos suficientemente amplios como para no producir dificultad alguna. Pero, evidentemente, desde el punto de vista literal, había casos extremos en que, por ejemplo, las sociedades o personas jurídicas extranjeras con propiedades en Chile —que cuesta entenderlas por *habitantes* y que, naturalmente, tampoco están en Chile, de modo que no reúnen ninguno de los dos elementos— podían haberse entendido al margen de esta garantía, tan importante tratándose de extranjeros, por su vinculación con las inversiones extranjeras y otros aspectos”* (Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975).

5. Jaime Guzmán advierte sobre la mayor extensión favorable que tiene el concepto de “personas” por sobre el de “habitantes” y lo apoya. Empero manifiesta sus dudas acerca de la extensión de un reconocimiento universal. En tal sentido, *“considera que, en realidad, si se trata de sutilezas las dos maneras de expresar este concepto tienen algunas dificultades, y ya se ha señalado cuáles son los problemas de decir “los habitantes de la República”, que es un término restrictivo. En cuanto a la frase: “a todas las personas”, parece una manifestación tan amplia, que es imposible de garantizar, porque es obviamente “a todas las personas” a quienes el Estado de Chile alcanza en su acción y, de algún modo, en su jurisdicción, lo que está subentendido, pero tiene dudas de que si al emplear esta nueva terminología no sería más prudente usar la expresión “reconoce a todas las personas”. Estima que es un poco fuerte que el Estado de Chile empiece a asegurarle a todas las personas, indiscriminadamente y sin limitación de ninguna especie, a los hombres del planeta, una cantidad de derechos. En cambio, le parece que cuando se está refiriendo a*

“los habitantes de la República”, por lo menos, se entiende que es a todas las personas, sean naturales o jurídicas, que actúan dentro de la vida de la República, a la cual su ordenamiento jurídico se extiende. Repite que al usar esta nueva fórmula, que tiene ventajas desde los puntos que se han señalado, quiere destacar que ya se entra a una enunciación que es de tal modo vasta en la extensión, que no sabe si sería más prudente usar otros términos, como, por ejemplo, “reconoce a todas las personas”, porque obviamente el Estado le va a reconocer esa garantía a las personas a las cuales, de alguna manera, está ligado o pueda ligarse por vínculos jurídicos, y si se asegura a toda la humanidad, cree que puede tener un sentido excesivo” (Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975).

6. En tal sentido, es interesante el modo en que concluye la reflexión propuesta por Jaime Guzmán y que reproducimos:

“El señor SILVA BASCUÑÁN opina que, dentro de la perfección conceptual, debería colocarse, para salvar esa objeción, la frase “asegura a todas las personas sometidas a la jurisdicción nacional”.

El señor GUZMAN expresa que la sugerencia del señor Silva Bascuñán le agrada mucho más, en principio, como aproximación, si se estima técnicamente correcta, porque la encuentra más exacta.

El señor EVANS hace presente que, a su juicio, la expresión “jurisdicción” tiene otro sentido.

El señor SILVA BASCUÑÁN propone decir “sometidas al ordenamiento jurídico nacional”.

El señor EYZAGUIRRE (Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad) acota que, en su opinión, eso no es necesario expresarlo.

El señor ORTUZAR (Presidente) cree que ese concepto está de tal manera implícito, que bastaría con que quedara constancia en el acta.

El señor GUZMAN coincide con la apreciación del señor Presidente” (Sesión 156° de la Comisión Ortúzar, 7 de octubre de 1975);

VIGESIMONOVENO: Que de los antecedentes constitucionales que originaron la norma del epígrafe del artículo 19 se pueden extraer las siguientes conclusiones. Primero, la superación de la ambigüedad terminológica que atribuía la titularidad de derechos fundamentales o constitucionales únicamente a los “habitantes de la Nación” desde la Constitución de 1833. En segundo lugar, estos estudios iniciales avalan la ampliación expresa de la titularidad a las personas jurídicas -con una deliberación basada profusamente en ese tema- y también a la realidad de los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras. En tercer término, que se trata de una ampliación condensada en la voz “personas” con un reconocimiento creciente a toda situación que enfrente un derecho en función de la naturaleza de los mismos. En cuarto lugar, que este mayor alcance y proyección normativa de la titularidad protegida tienen un límite natural, puesto que se trata de reconocer los derechos propios al interior del ordenamiento jurídico nacional y no tienen una concepción extraterritorial. Este criterio viene a fortalecer el caso de los derechos de ingreso de un extranjero al país, los cuales se encuentran sometidos plenamente a la legislación nacional bajo los criterios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En síntesis, esta titularidad genérica no sólo no discrimina contra los extranjeros sino que les reconoce tal título de derechos plenamente;

IX.- El principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de derechos para el extranjero, salvo expresa habilitación constitucional.

TRIGÉSIMO: Que el derecho de entrada de los nacionales y de los extranjeros a Chile puede fundarse en una consideración de trato diferente que exigiría un análisis de la igualdad ante la ley y de la prohibición de discriminación. En tal sentido, la distinción extranjero - chileno puede realizarse y el texto fundamental no la prohíbe. Sin embargo, se trata de una distinción que es sospechosa, en línea de principio, puesto que requiere de una habilitación constitucional previa para poder realizarla. Desde el artículo 1º, inciso primero, de la Constitución se sostiene que “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Esta dignidad común desde el nacimiento de nacionales y extranjeros, exige una

fuerte argumentación contraria que demuestre 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. Esta diferencia puede originar dos modalidades muy diversas de restricciones. En un caso se tratará de prohibir el derecho o entrabararlo de tal modo que se constituya en una privación. Y un caso distinto es habilitar algunas regulaciones y modalidades de su ejercicio. 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;

TRIGESIMOPRIMERO: Que en el examen de las prohibiciones o privaciones de derechos a los extranjeros, la Constitución ha establecido reglas limitativas en los derechos políticos de los extranjeros (artículo 14 de la Constitución), en el financiamiento a los partidos políticos con fuentes de recursos provenientes del extranjero (artículo 19 N° 15, inciso quinto, de la Constitución); en el dominio de todas las minas como un espacio vedado a extranjeros, pero no así a los regímenes concesionales (artículo 19 N° 24, inciso sexto); y, finalmente, en aceptar discriminaciones en idoneidad y capacidad laboral para proteger en determinados casos la fuente laboral de origen chileno (artículo 19 N° 16, inciso tercero, de la Constitución). Adicionalmente, hay algunas limitaciones implícitas como, por ejemplo, tratándose de la administración del espectro radioeléctrico, como bien nacional de uso público, caso en el que se requiere la nacionalidad chilena de las personas jurídicas tratándose del reconocimiento de la titularidad en la televisión abierta. Por tanto, estas habilitaciones expresas permiten que el legislador desarrolle distinciones acotadas, puesto que, en caso contrario, hay un fuerte indicio de configurar una discriminación;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, adicionalmente, el legislador estableció expresamente como categoría sospechosa el hecho de realizar distinciones basadas en raza y

nacionalidad. Es así como la Ley N° 20.609, también denominada “Ley antidiscriminación”, describe como discriminación arbitraria la siguiente definición:

“Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima” (artículo 2° de la Ley 20.609);

TRIGESIMOTERCERO: Que esta normativa califica de discriminación arbitraria la realización de distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable. Parte de esta justificación no puede encontrarse en distinciones odiosas o sospechosas de ser vulneradoras de derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentran tres categorías que usualmente se presentan en la persona del extranjero y específicamente en el caso de esta causa: raza, nacionalidad e idioma. Adicionalmente, se trata de proteger un ejercicio legítimo de derechos fundamentales, siendo las actitudes contrarias al orden público y a las leyes una presunción que habilita a un ejercicio en otra

esfera de las potestades estatales. En este caso, se trataría de limitaciones al ejercicio de derechos, mas no de privaciones o prohibiciones. En tal sentido, al Estado se le exige una particular obligación: *“Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”* (artículo 1º, inciso segundo, de la Ley N° 20.609). Por tanto, distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución. Estos criterios distintivos no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional;

TRIGESIMOCUARTO: Que cabe hacer una consideración específica a una de las alegaciones del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior en orden a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite plenamente distinguir entre extranjeros y nacionales. Para ello cita la Declaración de Derechos Humanos de los que No son Nacionales del País en que Viven (Declaración de la Asamblea de Naciones Unidas adoptada el 13 de diciembre de 1985). En ella transcribió el artículo 2º con omisiones que son significativas para entender el artículo y que esta Magistratura subraya. Tal artículo dispone que: *“1. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado. Tampoco se interpretará ninguna disposición de la presente Declaración en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros y al plazo y las condiciones de su estancia en él o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. No obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos.*

2. La presente Declaración no menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al derecho internacional, todo

Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la presente Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida.”

Por tanto, en la lectura parcial del Departamento de Extranjería (sin el articulado subrayado) se sostenía el derecho estatal a promulgar leyes y reglamentaciones relativas al derecho de entrada de extranjeros y que de esta Declaración no se podía deducir la legitimación de la entrada de extranjeros a un país ni menos en su condición de ilegales. Sin embargo, esta reducida opción normativa ampliaba la discriminación en circunstancias que la propia Declaración de Naciones Unidas sostiene con claridad que “no obstante, dichas leyes y reglamentaciones no deberán ser incompatibles con las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos. 2. La presente Declaración no menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al derecho internacional, todo Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la presente Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida”. Huelgan comentarios respecto del uso de la categoría extranjero / nacionales con rigor jurídico incurriendo en una falta interpretativa que reduce los términos en que se reconocen los derechos, libertades y sus limitaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos;

X.- La Constitución no autoriza la privación de este derecho a extranjeros, garantizado mediante una doble titularidad y sólo habilita la regulación de algunas dimensiones de su ejercicio.

TRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, la Constitución, en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional. Es así como el artículo 19 N° 7°, literal a), sostiene que “la Constitución asegura a todas las personas: (...) 7° El derecho a la libertad personal y seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y

entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros". Lo anterior implica que el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede ser modulado, regulado y limitado "a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros";

TRIGESIMOSEXTO: Que esta falta de distinción entre extranjeros y nacionales, como la realiza buena parte de las Constituciones comparadas, en el derecho de inmigración había sido advertida por la doctrina nacional. En tal sentido, Eduardo Aldunate sostiene que *"una cuestión aparte y que llama fuertemente la atención en el diseño de nuestro sistema de derechos constitucionales es la falta de diferenciación, que se encuentra presente en la mayor parte de los sistemas constitucionales, entre derechos de los individuos, en general, y derechos de los nacionales. Es así como, por ejemplo, a partir del artículo 19 N° 7, letra a), todo extranjero tiene el derecho de entrar libremente a nuestro país, sin que nuestra Constitución, en virtud del artículo 19 N° 2, aporte un punto de apoyo normativo para una distinción que prive (y no meramente regule) a los extranjeros de este derecho (como derecho, y no como mera posibilidad de ingreso regulada por el ordenamiento jurídico)."* (Eduardo Aldunate, "La titularidad de los derechos fundamentales", *Estudios Constitucionales*, Año 1, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 192 – 193). En tal sentido, este derecho tiene una doble titularidad que reconoce la condición habilitante a los extranjeros en su derecho de entrada, permanencia y salida del país. Se trata de la titularidad sin distinción configurada en el epígrafe del artículo 19 "la Constitución asegura a todas las personas" y reforzada por el artículo 19, numeral 7°, literal a), esto que, *"toda persona tiene derecho de residir y permanecer (...)";*

XI.- La Constitución establece el derecho de entrar y salir del territorio

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que la Constitución no sólo carece de distinción en las titularidades de los derechos de locomoción y residencia entre extranjeros y residentes, sino

que refuerza el ejercicio de los derechos mismos garantizados en el artículo 19, numeral 7°, literal a) de la Constitución;

TRIGESIMOCTAVO: Que el considerando anterior tiene un efecto fundamental puesto que implica reconocer el derecho de “entrada” y “salida” del país a los extranjeros “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. Esta norma resulta de natural extensión tratándose de turistas y visitantes temporales. Sin embargo, en el caso de migrantes, esto es de personas que manifiestan su voluntad de residir en el país, con mayor razón se ha de aplicar en toda su extensión. Recordemos que toda persona que haya ingresado regularmente al país goza de este derecho constitucional como si fuera nacional. Por tanto, resulta natural interpretar este derecho constitucional en toda su extensión incluyendo las facultades de ingreso y salida del territorio nacional respetando las normas legales que regulen esos pasos;

XII.- Aplicación al caso concreto de los criterios constitucionales enunciados.

TRIGESIMONOVENO: Que en el juzgamiento del caso concreto del requerimiento presentado por el ciudadano haitiano Daniel Alerte, se analizará cómo concurren los criterios constitucionales enunciados precedentemente. Principalmente, este examen afecta la naturaleza de la potestad competencial del Ministerio del Interior, la fuente de asesoría técnica que habilita al rechazo de visados por parte de este Ministerio y los argumentos que puede invocar en el ejercicio de sus competencias de extranjería;

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;

XIII.- Los requisitos de entrada son diferentes a las condiciones de permanencia del extranjero.

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, según se desprende del análisis realizado de las normas internacionales de derechos humanos, los extranjeros tienen el derecho de emigrar, pero no importa ello un deber correlativo de los Estados de aceptar la inmigración, salvo excepciones como el refugio político y el asilo. Por tanto, el ejercicio de la dimensión administrativa de seguridad de la potestad pública en materia de extranjería se refuerza con las exigencias de ingreso al país. Es la entrada al país el momento de contrastar los requisitos de ingreso definidos por el legislador, según lo dispone el artículo 19, numeral 7, literal a), de la Constitución, esto es, “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. 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;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que los derechos de un inmigrante que ha ingresado regular y legalmente al país, esto es, por los lugares habilitados al efecto, con el control habitual de los organismos públicos de extranjería, seguridad, aduaneros y fitosanitarios y, excepcionalmente, bajo medidas de sanidad pública, se transforman en el derecho de residir y permanecer en el país (puesto que el ánimo del inmigrante es su radicación), en el derecho de regularizar su estada (cuando algunos de los requisitos de cumplimiento para su permanencia se dilatan en el tiempo) y, en general, en un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad con los tratados internacionales de

de reciprocidad será siempre un factor que puede agravar o aliviar la cumplimentación de los requisitos de ingreso en el control de frontera, dependiendo de la evolución de los acuerdos internacionales en la materia. De esta manera, nada de lo dispuesto en esta sentencia puede generar una inaplicación del criterio de reciprocidad.

Sin embargo, cabe hacer un análisis pertinente en este punto. Como lo vimos, antes de 1975, las materias de extranjería le competían al Ministerio de Relaciones Exteriores. Resulta evidente el efecto que significó trasladar esta competencia que pasó a ser ejercida por el Ministerio del Interior altera la naturaleza de las atribuciones. No es lo mismo ejercer una potestad atributiva sin el auxilio inmediato y bajo su dependencia orgánica de la Policía de Investigaciones que sí contar con este servicio. La discrecionalidad aumenta a favor de la consideración de los derechos estatales incluso, en desmedro de los intereses interestatales, como es el caso de la reciprocidad. Esta causal es propia del ejercicio de competencia en el ámbito de la política exterior. Esta es una razón adicional para no hacer reproche a una facultad que se desenvuelve en otra esfera.

Por lo mismo, la dimensión limitativa enunciada en esta sentencia afecta solamente la propia naturaleza de la discrecionalidad del Ministerio del Interior y, especialmente, los criterios que puede invocar para determinar el rechazo de los visados, a saber los argumentos en torno a la “utilidad” y la “conveniencia”, según lo dispone el inciso primero del artículo 13 del Decreto Ley 1.094 de 1975;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que la “utilidad” y la “conveniencia” estatal en la disposición de visados sean los factores determinantes para decidir otorgar o rechazar un visado o una residencia, constituye un punto de partida cuestionable. A lo menos hay que plantearse si la aludida conveniencia o utilidad es del Estado, de la sociedad o del extranjero solicitante del visado. En primer lugar, la tesis que manifiesta una utilidad puramente estatal debe sortear una dificultad normativa dispuesta en la propia Constitución. El propio artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, cuando dispone que “*el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común*”, nos indica que la ecuación de la “conveniencia” y la “utilidad” que hay que tomar en cuenta es la del individuo y que las

finalidades del Estado se enmarcan en el desarrollo de la persona humana. Por tanto, salvo en el caso de la reciprocidad en donde se manifiestan fuertes correlaciones interestatales, en los demás el Estado ejerce estas facultades de manera vicaria como un modo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto de la sociedad a la que sirve como de los individuos que la integran;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que cabe constatar ahora la consideración de la “conveniencia” o “utilidad” de la sociedad en nombre de la cual se ejercerían tales potestades por parte del Ministerio del Interior. Que es particularmente relevante la correlación de estas normas con la realidad concreta de una sociedad en la que se aplican normas arbitrarias de extranjería. La situación de un extranjero en posición jurídica incierta por la falta de regularización de su permanencia o por la debilidad de sus títulos de estadía puede generar un proceso de discriminación múltiple. El extranjero puede ser discriminado por su condición de tal. Adicionalmente, puede ser discriminado por su idioma, su sexo o raza. Pero, adicionalmente, la sociedad puede discriminarlo completamente por todas las categorías enunciadas, ya que su situación jurídica es vulnerable. Es así como las promesas de contrato de trabajo, de pago de los derechos sociales y de condiciones dignas de vida y empleo, no tienen el mismo alcance para el extranjero en la situación de vulnerabilidad descrita que para el nacional. 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. Esto es particularmente relevante en los casos en que, como el de autos, la situación de su residencia está por regularizarse. Algunos miembros de la sociedad sobrepasan los derechos del extranjero “en situación irregular” porque conocen la evidencia de su vulnerabilidad. En cambio, hay otra versión de la “utilidad” y “conveniencia” social que es cuando coinciden los intereses del extranjero con los de la sociedad chilena. Justamente, Daniel Alerte tiene un contrato de trabajo estable, labora en un

local de comida muy conocido y es parte de un proceso de integración social habitual. Por tanto, cabe desestimar la interpretación que atribuye un mandato de conveniencia y utilidad puramente estatal o socialmente arbitrario a estas normas, constituyendo una vulneración al artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución en su correlación con el artículo 19 N° 2 de la misma en cuanto prohíbe el “establecer diferencias arbitrarias”;

XV.- El informe técnico previo de la Policía de Investigaciones.

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que uno de los elementos esenciales que determina el otorgamiento de visados es el informe previo y favorable de la Policía de Investigaciones como autoridad técnica en materia de extranjería, según lo dispone el artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094, así como otras disposiciones del citado cuerpo legal. Este informe se ha transformado en vinculante para las autoridades políticas del Ministerio del Interior y basta su sola concurrencia para acreditar la naturaleza de los hechos. En tal sentido, la relación con la determinación formal del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior es de sujeción técnica determinante y vinculante a lo dispuesto por la Policía de Investigaciones (considerando 17º, STC 2029). Las características del informe previo de la Policía de Investigaciones se asimilan fuertemente al precedente que esta Magistratura analizó en la STC Rol N° 2029. Esto implica encontrarnos frente a un acto administrativo con las siguientes peculiaridades: es un acto de dictamen, por la naturaleza técnica del informe de la Policía de Investigaciones. Es un acto desfavorable, puesto que determina un gravamen para el afectado. Es un acto de trámite, puesto que se inserta en un proceso administrativo que continúa y concluye con otros actos finales, pero que materialmente se encuentra determinado por este informe. Es un acto constitutivo, ya que configura la calidad de residente temporal o definitivo, innovando en el estatuto personal previo. Es un acto de efectos particulares. Es un acto firme y no recurrible. Y es un acto complejo puesto que participan diferentes órganos en su perfeccionamiento, aun cuando el papel de la Policía de Investigaciones es determinante (STC Rol N° 2029, considerando 21º).

En una situación similar y aún más compleja en este caso, todos los controles posteriores sobre los actos formales terminales carecen de eficacia frente a la inimpugnabilidad técnica del acto trámite que les sirve de sustento, el que ni la Contraloría General de la República puede revisar, ya que importaría un análisis del mérito del informe (STC Rol N° 2029, considerando 30°);

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, contrastadas estas facultades con su examen específico en el caso concreto, resulta relevante el modo en que se aplica esta normativa del Decreto Ley N° 1.094. Como medida para mejor resolver, esta Magistratura dispuso a fojas 330 que se oficiara a la Policía de Investigaciones, a objeto de que acompañara los antecedentes del caso de Daniel Alerte. Efectivamente, se encuentran acompañados a fojas 336 y en ellos se puede constatar que se trata de una evidencia del todo incompleta, sostenida en declaraciones del propio requirente en autos y con una indagación policial insuficiente que determina los pasos sucesivos que derivan en que el Ministerio del Interior decreta su expulsión. El carácter técnico del informe se transforma en un precedente vinculante que configura la decisión del Ministerio del Interior que no puede ser desvirtuada. En tal sentido, hay una vulneración en la “igual protección de los derechos” que le otorga la Constitución a toda persona, según lo dispone el artículo 19 N° 3 del citado cuerpo normativo;

XVI.- El régimen de las causales tasadas para rechazar los visados.

CUADRAGESIMONOVENO: 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;

QUINCUAGÉSIMO: 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 2° de la Ley 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 N°s 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N° 7 no apodera al Estado a configurar reglas 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;

QUINCAGESIMOPRIMERO: 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.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, inciso segundo, 19, N°s 2° y 7°, letra a), y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

SE RESUELVE:

1.- Que se acoge por mayoría de votos el requerimiento respecto del artículo 13, inciso primero, del Decreto Ley N° 1.094.

2.- Que, habiéndose producido empate de votos respecto de la inaplicabilidad de los artículos 13, inciso segundo, 64, N° 2°, y 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6°, de la Carta Fundamental para declarar su requerida inaplicabilidad, motivo por el cual se rechaza en esa parte el requerimiento de fojas 1.

Se pone término a la suspensión de procedimiento decretada en estos autos, debiendo oficiarse al efecto.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres estuvo por acoger el requerimiento sólo en lo referido a la impugnación de los artículos 64 N° 2° y 67, inciso segundo, del Decreto ley N° 1.094, de 1975, y exclusivamente por las razones que expresa a continuación:

1°. Que el artículo 64 N° 2° del aludido Decreto Ley N° 1.094, en conexión con los artículos 6° y 13 del mismo cuerpo normativo, faculta al Ministerio del Interior para rechazar las solicitudes de otorgamiento de prórrogas de turismo, visaciones, prórrogas de visaciones y permanencia definitiva respecto de *“los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas.”* Se trata de una atribución facultativa, pues el encabezado del artículo 64 indica: *“Pueden rechazarse las solicitudes que presenten los siguientes peticionarios:”* (Énfasis agregado);

2°. Que, por su parte, el artículo 67 del Decreto Ley N° 1.094 atribuye al Ministerio del Interior la atribución para resolver, entre otras, sobre las revocaciones de permisos y autorizaciones de aquellos extranjeros que, con motivo de actuaciones realizadas o de

circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en alguno de los casos previstos en el artículo 64.

Agrega el artículo 67 que una vez revocada o rechazada que sea alguna de las autorizaciones a que se refiere este decreto ley, el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país y que, si vencido este plazo, el extranjero no hubiere cumplido lo ordenado por la autoridad, se dictará el correspondiente decreto de expulsión;

3°. Que, en virtud de la atribución descrita es que, por Resolución Exenta N° 95925, de 1° de diciembre de 2011 (fojas 219), se revocó la visación de residencia sujeta a contrato otorgada por un año, al extranjero de nacionalidad haitiana, Daniel Alerte, requirente en estos autos, disponiendo, al mismo tiempo, su abandono del país, en un plazo de 15 días. Dicha resolución constituye, por lo demás, el acto administrativo contra el que se ha recurrido de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, gestión pendiente en que se solicita la declaración de inaplicabilidad;

4°. Que en los fundamentos de la resolución referida, el Ministerio del Interior consigna que *“conforme a Oficio Ordinario N° 3618, de fecha 06 de junio de 2011, de la Policía Internacional, el extranjero en comento (Daniel Alerte), obtuvo su visación mediante declaraciones falsas en lo que respecta al contrato de trabajo”*.

Por su parte, en Minuta N° 1.489, de 25 de noviembre de 2011, la Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, indica que: *“Entrevistado el supuesto empleador, éste declaró que desde 2006 realiza contratos simulados a extranjeros, con objeto de que regularicen su condición migratoria, previo pago de la suma de \$ 10.000. Señaló, además, que en un gran número de estos contratos se contactó con un ciudadano haitiano, quien le traía extranjeros para confeccionar contratos, cobrándoles la cantidad señalada.”* (Fojas 220);

5°. Que las circunstancias fácticas que rodean la gestión pendiente a partir de la cual se ha deducido el requerimiento de inaplicabilidad tienen particular importancia a la hora de

que el Tribunal Constitucional lo decida, pues se trata, precisamente de un control concreto de constitucionalidad, donde debe analizarse si la aplicación de él o de los preceptos legales reprochados han de producir un efecto contrario a la Carta Fundamental en esa gestión pendiente;

6°. Que, en este sentido, no debe perderse de vista que el requirente sostiene que la aplicación del artículo 64 N° 2° del Decreto Ley N° 1.094 vulnera el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, desde el momento que faculta a la autoridad administrativa, más allá de sus atribuciones, para calificar la veracidad de los contratos de trabajo presentados por el requirente, en circunstancias que ello corresponde a los tribunales de justicia.

Al mismo tiempo, argumenta que el artículo 67, inciso segundo, del mismo decreto ley, vulnera el principio de inocencia, permitiendo la condena de un extranjero a abandonar el país sin que exista un proceso previo legalmente tramitado en el que pueda efectuar sus descargos;

7°. Que, sobre el particular, esta Ministra previnente advierte que el principio de juridicidad fluye tanto del artículo 6°, inciso primero, de la Ley Suprema –“*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)*”- cuanto del artículo 7°, inciso segundo, de la misma, en cuanto: “*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*”

Bajo este principio, incluido en las Bases de la Institucionalidad chilena, un órgano del Estado podrá actuar en conformidad a la ley, en este caso al Decreto Ley N° 1.094, pero ello no asegura que se haya respetado el principio de juridicidad, si el cumplimiento de la ley implica una vulneración constitucional. Esto es lo que la doctrina iuspublicista conoce como la “ley pantalla”, en cuanto la ley obliga a tal punto a la autoridad administrativa que la lleva a ignorar que está incurriendo en la vulneración más grave: la del principio de supremacía constitucional;

8°. Que, en el caso que se analiza, la aplicación del artículo 67 del Decreto Ley N° 1.094, en conexión con su artículo 64 N° 2°, ha permitido que se revoque la visación de residencia sujeta a contrato de trabajo del ciudadano de nacionalidad haitiana, Daniel Alerte, disponiendo, también, su expulsión del país por falsedad del contrato de trabajo que había celebrado con un ciudadano chileno, en base al solo informe evacuado por la Policía de Investigaciones de Chile;

9°. Que, en concepto de esta previniente, el referido informe no puede constituir un fundamento suficiente para una medida tan grave como es la revocación de la visa de residente sujeto a contrato de trabajo y la consiguiente expulsión del país, sin afectar derechos fundamentales como la exigencia de una investigación y un procedimiento racional y justo, consagrado en el numeral 3°, inciso sexto, del artículo 19 de la Carta Fundamental. Nos parece, además, que tal conclusión no se desvirtúa con la procedencia del recurso de reconsideración que prevé el artículo 142 bis del Reglamento de Extranjería, contenido en el Decreto Supremo N° 597, del Ministerio del Interior, del año 1984, pues el afectado ya parte con un acto administrativo que lo perjudica sin haber tenido oportunidad previa de efectuar sus descargos. Esto es particularmente importante en situaciones como la que hoy se decide, pues ha quedado en evidencia, en este proceso, lo que es una realidad indesmentible: que muchos nacionales se aprovechan de los extranjeros que migran a Chile buscando mejores condiciones de vida y los engañan con falsos contratos de trabajo.

Así, si el extranjero afectado por una medida de revocación de su visa y posterior expulsión del país no ha tenido oportunidad de desvirtuar lo informado por la Policía de Investigaciones, por ejemplo, acreditando que –como parece ocurrir en la especie- fue objeto de un engaño, puede estarse cumpliendo cabalmente la ley, pero no caben dudas que se está vulnerando flagrantemente la Constitución en lo que a una adecuada defensa se refiere;

10°. Que lo que se viene sosteniendo ha sido reconocido por el proyecto de ley que el Presidente de la República ha presentado a la Cámara de Diputados, con fecha 20 de mayo de este año (Boletín N° 0989-361), destinado a impulsar una nueva Ley de Migración y Extranjería, entre cuyos fundamentos se encuentran los problemas que han ocasionado las

visas sujetas a contratos de trabajo, “cuya caducidad –ya sea por causas propias o del empleador- ocasiona la irregularidad en forma automática” (pág. 5 del Mensaje), lo que ha llevado, junto a otras constataciones similares, a proponer un artículo 9° que señala:

“Igualdad de derechos y obligaciones. Respecto de todo extranjero, el Estado garantizará el ejercicio de los derechos y velará por el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución Política de la República y las leyes, cualquiera sea su raza o etnia, nacionalidad o idioma, en conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 20.609.

Asimismo, se asegurará a todo extranjero que solicite el ingreso o un Permiso de Residencia en el país, la aplicación de procedimientos y criterios de admisión no discriminatorios.

Los extranjeros que se vean afectados por una acción u omisión que importe una discriminación arbitraria podrán interponer las acciones que corresponda, según la naturaleza del derecho afectado.”;

11°. Que una norma como la que se viene proponiendo en el Mensaje mencionado resulta congruente con el hecho de que todos los órganos del Estado, deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana –como la no discriminación arbitraria y el debido proceso legal- ya sea que estén consagrados en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución).

Es por las consideraciones que preceden que quien suscribe este voto concluye afirmando que, en su concepto, tanto la aplicación del artículo 64 N° 2° como del artículo 67, inciso segundo, del Decreto Ley N° 1.094, de 1975, resulta inconstitucional en el recurso de protección que debe decidir la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 21751-2012, por la vulneración que produce al principio de juridicidad cuanto al principio del debido proceso legal, consagrados en los artículos 6°, 7° y 19 N° 3°, inciso sexto, de la Carta Fundamental.

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino estuvieron por acoger el requerimiento de inaplicabilidad de autos, relativos a los artículos 13 inciso segundo, 64, numeral 2) y 67 del Decreto Ley N° 1.094, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

1° Que los fundamentos por los cuales se acogió este requerimiento se basan en un cuestionamiento constitucional de los límites de la potestad discrecional del Ministerio del Interior en su facultad de rechazar los visados correspondientes. Justamente, la impugnación acogida por este Magistratura está referida al origen de la potestad siendo los demás artículos un ejercicio consecuencial de dicha atribución. El origen del expediente migratorio (artículo 13 inciso segundo), el rechazo de la solicitud (artículo 64, numeral 2) y el abandono voluntario del país (artículo 67) constituyen un solo todo respecto del caso de Daniel Alerte. Justamente las consideraciones que, en abstracto, se han dado en este caso abarcan la expresión concreta de quién sufre efectos inconstitucionales por la aplicación de las normas que se originan en la impugnación del artículo 13 inciso primero del Decreto Ley N° 1.094. Por tanto, existiendo la misma fundamentación abarca la misma impugnación;

2° Que, junto a la argumentación genérica dada en el considerando anterior, cabe el reproche a cada artículo específicamente, identificando la vulneración a garantías constitucionales. El artículo 13 inciso segundo y el artículo 64, numeral 2°, del cuerpo legal de extranjería aludido, importa la regulación de un procedimiento administrativo migratorio que se inicia con una solicitud del permiso de residencia y que concluye con el rechazo de la solicitud por la falsedad de la declaración. No es nuestra competencia calificar los hechos de la instancia del juez de fondo. Tampoco podríamos sostener que la impugnación de quién falsifica antecedentes para ingresar al país constituye una regla que vulnere el límite del artículo 19, numeral 7°, literal a), esto es, que todos esos derechos se ejercen “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”, más bien, lo concretiza.

Sin embargo, se estima que esta situación afecta el derecho al debido proceso del ciudadano extranjero requirente en este proceso constitucional. Toda la estructura de la decisión es dependiente de un informe técnico de la Policía de Investigaciones que no puede

ser, en los hechos, objetado. Como se sostuvo en esta sentencia “se puede constatar que se trata de una evidencia del todo incompleta, sostenida en declaraciones del propio requirente en autos y con una indagación policial insuficiente que determina los pasos sucesivos que derivan en que el Ministerio del Interior decreta su expulsión. El carácter técnico del informe se transforma en un precedente vinculante que configura la decisión del Ministerio del Interior que no puede ser desvirtuada. En tal sentido, hay una vulneración en la “igual protección de los derechos” que le otorga la Constitución a toda persona, según lo dispone el artículo 19 N° 3 del citado cuerpo normativo”. ¿Cómo es posible certificar la existencia de una falsedad en el requirente sin un mínimo procedimiento que determine el modo en que la configuró?, ¿Cómo se entiende que la policía, por no encontrar al contratante de Daniel Alerte, estime que éste falsificó su contrato de trabajo ? Sin embargo, no es posible desligarse del efecto inconstitucional concreto sin una reflexión e indagación que le compete a la Policía de Investigaciones, al Ministerio del Interior y al eventual control judicial. Cabe constatar que si existieren redes de trata de personas que ingresan masiva e ilegalmente al país a migrantes, bajo el expediente de que tienen trabajo verificados mediante la exhibición de contratos falsos, parece un contrasentido hacer recaer únicamente tal falsedad en la parte débil de la contratación. Es indudable que el punto de partida que debe tener un procedimiento migratorio es la presunción de inocencia del migrante y tener un trato acorde a dicha presunción. Este derecho se deduce del artículo 19, numeral 3°, inciso 6° de la Constitución y se reconoce como tal en los vinculantes artículos 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por tanto, estimamos que se vulnera esta garantía constitucional en el marco de las vulneraciones del debido proceso al migrante;

3° Que, finalmente, el artículo 67 del Decreto Ley N° 1.094, determina la potestad de inducir “una auto-expulsión del país” por cuanto, una vez rechazadas o revocados los permisos solicitados, *“el Ministerio del Interior procederá a fijar a los extranjeros afectados un plazo prudencial no inferior a 72 horas, para que abandonen voluntariamente el país”*.

Esta normativa preconstitucional está en directa oposición con la normativa internacional que vincula a nuestro país en la materia. Es así como el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

“El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.”

La disposición citada ha sido interpretada por la Comunidad Internacional en la Observación General N° 15 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en su oportunidad), en el siguiente sentido:

“(...) Este artículo es aplicable a todos los procedimientos que tengan por objeto la salida obligatoria de un extranjero, se describa ésta en el derecho nacional como expulsión o de otra forma. Si estos procedimientos entrañan detención, tal vez también sean aplicables las salvaguardias del Pacto relativas a la privación de la libertad (arts. 9 y 10). (...) Normalmente se debe permitir que todo extranjero expulsado se dirija a cualquier país que acceda a recibirlo. Los derechos establecidos en el artículo 13 sólo protegen a los extranjeros que se encuentren lícitamente en el territorio de un Estado Parte. Ello significa que para determinar el carácter de esa protección debe tenerse en cuenta el derecho nacional relativo a las exigencias en materia de entrada y estancia y que, en particular, quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones. No obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13.Corresponde a las autoridades competentes del Estado Parte, de buena fe y en el ejercicio de sus atribuciones,

aplicar e interpretar el derecho interno, observando, sin embargo, las exigencias previstas en el Pacto, como la igualdad ante la ley (art. 26).

(...) El artículo 13 regula directamente sólo el procedimiento y no los fundamentos sustantivos de la expulsión. No obstante, al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley", su objetivo es claramente impedir las expulsiones arbitrarias. Por otra parte, otorga a cada extranjero el derecho a que se adopte una decisión en su propio caso y, por lo tanto, el artículo 13 no se cumple con leyes o decisiones que dispongan expulsiones colectivas o en masa. Este entendimiento, en opinión del Comité, queda confirmado por otras disposiciones relativas al derecho a aducir argumentos contra la expulsión y a que la decisión sea sometida a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas por ella, y a hacerse representar ante ellas. Se deben dar a los extranjeros plenas facilidades para entablar recursos en contra de la expulsión de manera que ese derecho sea efectivo en todas las circunstancias de su caso. Los principios del artículo 13 relativos a la apelación de la expulsión y al derecho a la revisión del caso por la autoridad competente sólo pueden dejar de aplicarse por "razones imperiosas de seguridad nacional". En la aplicación del artículo 13 no se puede discriminar entre las diferentes categorías de extranjeros.

4° Que a partir de estas consideraciones resulta claro que no existe un derecho de revisión en forma que facilite la acción de la justicia ante una expulsión arbitraria. Si bien la legislación de extranjería contempla un recurso contra la orden de expulsión o de "abandono voluntario" ante la Corte Suprema (artículo 89 y 90 del Decreto Ley N° 1.094), y que no fue objeto de inaplicabilidad en este requerimiento, se da dentro de un plazo (24 horas desde la notificación de la expulsión) y en un contexto (expulsión coercitiva con inspección policial) que resulta prácticamente imposible de ejercer, máxime si una persona jamás ha conocido, litigado, alegado derechos y, previsiblemente incluso, no conozca el idioma que lo permita. Todas estas son vulneraciones al debido proceso y que afectan los derechos directamente establecidos para todos en el artículo 19, numeral 3°, de la Constitución.

Los Ministros Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado, discrepando de la mayoría, votaron por desestimar el requerimiento en todas sus partes, atendidas las consideraciones siguientes:

1º) Que, en este tipo de causas, el Tribunal Constitucional debe evitar traspasar ciertos límites, a fin de no incurrir en reflexiones político-institucionales o en el cuasi acogimiento de amparos constitucionales. Su cometido, más sobrio pero trascendente, consiste en declarar -si cabe- que un determinado precepto legal, relevante en una gestión judicial pendiente, es inaplicable por contravenir la Constitución.

Y, en tal entendido, este caso contiene desde su inicio un error: haber declarado admisible la objeción contra el artículo 13 de la Ley de Extranjería, alusivo al otorgamiento de visaciones, sus prórrogas y a las concesiones de permanencia definitiva en el país. En circunstancias que en el recurso de protección -que es el asunto judicial de fondo- se discute sobre la validez de otro acto administrativo, completamente diferente, en el que se revoca la visación de residencia al nacional haitiano Daniel Alerte y se dispone su abandono del país;

2º) Que, en efecto, el aludido artículo 13 versa sobre las atribuciones discrecionales que le competen al Ministerio del Interior “para el otorgamiento de visaciones, para las prórrogas de las mismas y para la concesión de la permanencia definitiva”.

Mientras que al requirente le afecta la resolución exenta N° 95925, de 2011, donde no se invoca ese artículo 13, sino que otros fundamentos de derecho (los artículos 66 y 64, N° 2, del DL N° 1.094 de 1975), toda vez que su objeto es del todo diferente al regulado por aquel precepto, desde que resuelve “revocar” la visación de residencia otorgada antes al Sr. Alerte, junto con ordenar su abandono del país. Vale decir, si ese artículo 13 pudo tener aplicación cuando al Sr. Alerte se le confirió originalmente su visa, por resolución exenta N° 15110, de 2011 (fs. 58), ninguna influencia ha tenido a la postre, cuando se dicta aquel acto de contrario imperio que dejó sin efecto esa previa visación, contenido en la resolución exenta N° 95925 (fs. 91);

3°) Que, por eso, en el recurso de protección entablado por dicha persona se indica como reclamado precisamente este acto administrativo revocatorio (fs. 108), y en la parte petitoria de la misma acción se pide a la Corte de Apelaciones de Santiago dejarlo sin efecto “por cuanto el acto arbitrario ilegal expresado a través de la Resolución Exenta N° 95925 del Subsecretario del Interior vulnera mis garantías constitucionales” (fs. 122).

De modo que, por constituir el artículo 13 del DL N° 1.094 una norma totalmente ajena al mencionado recurso de protección, donde se debate sobre un acto administrativo que no concierne a dicha norma, entonces el presente requerimiento de inaplicabilidad debió inadmitirse a su respecto, por tratarse de un “precepto legal impugnado [que] no ha de tener aplicación en la resolución del asunto” constitutivo de la gestión pendiente, al tenor de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional de esta Magistratura (artículo 84, N° 5);

4°) Que, en todo caso, la facultad “discrecional” que el artículo 13 del DL N° 1.094 concede al Ministerio del Interior, no aparece por sólo ello reprochable, puesto que encuentra sustento en el artículo 24, inciso segundo, constitucional, que al Jefe de Estado expresamente le acuerda las más amplias atribuciones, en tanto “su autoridad se extiende a todo cuanto tenga por objeto la conservación del orden público en el interior” de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Es sensato comprender que el otorgamiento de visas no puede devenir en un trámite automático, especialmente cuando una masiva afluencia de extranjeros obliga a ponderar las capacidades del país para recibirlos, en las áreas de la salud, educación, vivienda, servicios básicos y otros. Y sin que sea necesario volver aquí respecto a una cuestión que ya es de aceptación universal, cual es que la “arbitrariedad” en que degrade el ejercicio de una potestad discrecional, debe ser corregida por los jueces del fondo, merced a técnicas de control demasiado conocidas como para tener que repetirlas nuevamente en esta oportunidad;

5°) Que el cometido del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, consistente en el otorgamiento de visas, arranca su origen del citado precepto constitucional, además de derivar de los artículos 5° y 6° del propio DL N° 1.094, así como del DFL N° 7.912, de

1927, que, al organizar las Secretarías de Estado, a esa cartera le encomienda “la aplicación de las normas sobre extranjeros en Chile” (artículo 3º, letra f).

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. Siendo de agregar que, en virtud del principio de paralelismo vigente en el orden administrativo, el artículo 67 del DL N° 1.094 determina que ese mismo órgano -competente para otorgar- es quien debe revocar las visaciones;

6º) Que, tal como ha quedado aclarado, el acto reclamado en sede de protección es la resolución exenta N° 95925, de 2011, que lleva por fundamento de hecho el Oficio Ordinario N° 3618, de 2011, de la Policía Internacional, en cuya virtud “el extranjero en comento obtuvo su visación mediante declaraciones falsas en lo que respecta al contrato de trabajo”. Como motivación jurídica se invoca el artículo 66, en relación con el artículo 64, N° 2, del Decreto Ley N° 1.094, de 1975.

El artículo 66, que el requirente no cuestiona, prescribe que “pueden revocarse los permisos de aquellos extranjeros que, con motivo de actuaciones realizadas o de circunstancias producidas con posterioridad a su ingreso a Chile como turistas o al otorgamiento del permiso o autorización de que son titulares, queden comprendidos en alguno de los casos previstos en el artículo 64”. Éste, a su vez, considera como infractores a “los que hagan declaraciones falsas al solicitar la cédula consular, la tarjeta de turismo, el registro, la cédula de identidad, visaciones y sus prórrogas o permanencia definitiva y, en general, al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas” (N° 2);

7º) Que tampoco se divisa alguna inconstitucionalidad en el recién transcrito artículo 64, N° 2, cuyo tenor guarda armonía con otros preceptos legales que, inspirados en el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, permiten dejar sin efecto aquellos actos administrativos favorables cuando han sido obtenidos de mala fe o sobre la base de antecedentes falsos o adulterados, presentados por el propio interesado.

Sin ir más lejos, la Ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, contempla análogamente la cancelación cuando se acredite la falsedad de los

fundamentos invocados para el reconocimiento de la condición de refugiado o la existencia de hechos que, de haber sido conocidos cuando se otorgó tal reconocimiento, hubiesen implicado una decisión negativa (artículo 18, N° 2);

8°) Que, por lo demás, la revocación permitida por los citados artículos 66 y 64, N° 2, no viene a ser sino la lógica consecuencia del incumplimiento de aquella condición exigida en los artículos 2° y 23, entre otros, del mismo DL N° 1.094, en orden a que las visas de residencia a extranjeros se otorgan precisamente “con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo”.

No es necesaria mucha reflexión para demostrar que esta exigencia armoniza con la justicia y el sentido común, atendida la experiencia de otros países donde el incremento de la inmigración, al no ir acompañado de medidas de integración y reglas que aseguren la tenencia de un trabajo o actividad estables, han sido detonantes de variados problemas de seguridad y convivencia social. Lo que resulta, asimismo, consistente con las obligaciones asumidas verdaderamente por Chile, como las consagradas en la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias, de 1990, de la Organización de Naciones Unidas, para cuyo cumplimiento se promueve una nueva legislación con estándares de la

Unión Europea, en el sentido de exigir una visa de trabajo previa al viaje del extranjero a nuestro país.

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino y las prevenciones y disidencias, sus autores.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2273-12-INA.

SR. VODANOVIC

SRA. PEÑA

SR. FERNÁNDEZ

SR. CARMONA

SR. ARÓSTICA

SR. GARCÍA

SR. HERNÁNDEZ

Se certifica que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios concurrió al acuerdo del voto que suscribe y al fallo, pero no firma por haber cesado en sus funciones.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Empananza.

Autoriza el Secretario Subrogante del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.