



En lo principal: Deduce requerimiento de inconstitucionalidad sobre preceptos que indica del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N°8.970-06. **Primer otrosí:** Acompaña documentos. **Segundo otrosí:** Designación que indica. **Tercer otrosí:** Solicita alegatos de fondo. **Cuarto otrosí:** Solicita audiencias públicas. **Quinto otrosí:** Patrocinio y poder. **Sexto otrosí:** Forma de notificación.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Florcita Alarcón Rojas, Jenny Álvarez Vera, Boris Barrera Moreno, Gabriel Boric Font, Jorge Brito Hasbún, Karol Cariola Oliva, Natalia Castillo Muñoz, Juan Luis Castro, Miguel Crispi Serrano, Marcelo Díaz Díaz, Fidel Espinoza Sandoval, Maya Fernández Allende, Cristina Girardi Lavín, Félix González Gatica, Hugo Gutiérrez Gálvez, Carmen Hertz Cádiz, Tomás Hirsch Goldschmidt, Diego Ibáñez Cotroneo, Marcos Ilabaca Cerda, Giorgio Jackson Drago, Amaro Labra Sepúlveda, Claudia Mix Jiménez, Manuel Monsalve Benavides, Jaime Naranjo Ortiz, Daniel Núñez Arancibia, Emilia Nuyado Ancapichún, Maite Orsini Pascal, Catalina Pérez Salinas, Camila Rojas Valderrama, Gastón Saavedra Chandía, Raúl Saldívar Auger, Juan Santana Castillo, Marisela Santibáñez Novoa, Marcelo Schilling Rodríguez, Guillermo Teillier Del Valle, Víctor Torres Jeldes, Camila Vallejo Dowling, Esteban Velásquez Núñez, Pablo Vidal Rojas, Gonzalo Winter Etcheberry y Gael Yeomans Araya; Honorables Diputadas y Diputados de la República, que constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, según consta de la certificación del Secretario General de la Honorable Cámara de Diputados, todos domiciliados para estos efectos en el Congreso Nacional, Avenida Pedro Montt sin número, comuna y ciudad de Valparaíso, a S.S. Excma. respetuosamente decimos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 93 inc. 1°, N°3 e inciso 4° de la Constitución Política de la República y en los artículos 61 y ss. de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en interponer requerimiento de inconstitucionalidad en contra de los preceptos que se detallan a continuación del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N°8.970-06:

1. Los incisos 2° y 4° del artículo 3°
2. Los incisos 2° y 3° del artículo 16
3. La palabra "propia", en ambas apariciones, del artículo 18.

4. Las expresiones “por motivos calificados de interés nacional” y “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, contenidas en el inciso 2° del artículo 27.
5. Los numerales 4° y 5° del artículo 33.
6. La segunda parte del inciso 8° del artículo 117.
7. La expresión “al efectuar cualquier declaración ante las autoridades chilenas o”, contenida en el numeral 6° del artículo 127.
8. El inciso 1° del artículo 131.
9. El artículo 132.
10. Las dos oraciones finales del artículo 133.
11. El inciso 4° del artículo 137.
12. La frase “por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas” del inciso 1° y la expresión que va desde “el afectado por una medida” y hasta “Posteriormente,” del inciso 2°, ambas del artículo 135.
13. La segunda parte del inciso 1°, que va desde la expresión “La pérdida de la categoría migratoria de residente” y hasta el punto final, junto con el inciso 2°, ambos del artículo 175.
14. El numeral 17° del artículo 176.

Solicitamos a S.S. Excma. que declare la inconstitucionalidad (y, por tanto, la inconvertibilidad) de los preceptos impugnados, por contravenir los artículos 1°, 5° y 19 nos. 1, 2, 3, 7 y 26, todos de la Constitución Política de la República. Lo anterior, en virtud de las consideraciones de derecho que exponemos a continuación.

Antes de exponer a Su Señoría Excelentísima los antecedentes más relevantes de la tramitación del proyecto de ley, junto con las razones que asisten a estas Diputadas y Diputados para requerir la inconstitucionalidad de los preceptos enumerados más arriba, nos interesa afirmar nuestra aguda conciencia acerca de los límites de la competencia de esta Excma. Magistratura. En efecto, tenemos claridad de que este no es el foro para discusiones de mera oportunidad o mérito político, sino exclusivamente para la constatación de defectos de inconstitucionalidad estricta. Adicionalmente, somos del parecer de que el ejercicio de la potestad de requerir ante este Excmo. Tribunal debe hacerse siempre como último recurso, sólo cuando han fallado las vías políticas de corrección de los defectos de inconstitucional diagnosticados, implementando además un criterio de deferencia razonada con la actividad legislativa.

Con esa aguda conciencia, reafirmamos que no traemos a Su Señoría Excelentísima cuestiones de mérito, sino sólo de constitucionalidad estricta. En efecto, la discusión sobre el Proyecto de Ley en comento ha sido extensa, tal y como lo demuestra su larga tramitación legislativa, los abundantes informes de Comisiones y el reciente paso del proyecto por una Comisión Mixta. A lo largo de esa discusión, las Diputadas y Diputados patrocinantes nos opusimos a diversas normas que fueron finalmente aprobadas, a la vez que propusimos una serie de indicaciones, muchas de las cuales no se vieron materializadas en el proyecto de ley tal y como se presentará al Ejecutivo. Así, por ejemplo, los nudos más divisorios del debate fueron la prohibición del cambio de calidad migratoria, el posible establecimiento de una visa de oportunidades laborales, la existencia de visas especiales para víctimas de tráfico de migrantes y trata de personas, la naturaleza y alcance de la protección complementaria, entre otros. **No traemos ninguna de esas discusiones ante Su Señoría Excelentísima.** Entendemos que, en ese ámbito de cosas, ha operado la política y se han utilizado legítimamente las potestades legislativas del Congreso Nacional. Más allá del desacuerdo de algunos de estos Diputados y Diputadas con las decisiones adoptadas en aquella discusión, lo cierto es que aquellas nos parecen decisiones adoptadas lícitamente dentro del marco que la Constitución asigna al legislador. En ese sentido, nuestro desacuerdo con esas decisiones – sobre el cambio de calidad migratoria, la estricta división entre permisos transitorios y visas de residencia, etc. – es político y creemos firmemente que será a través de la discusión político-legislativa que, en los próximos años, se deberán enmendar aquellas decisiones que consideramos equivocadas.

Por el contrario, aquellos preceptos del Proyecto de Ley cuyo examen se pide a esta Excma. Magistratura adolecen, a nuestro juicio, de graves vicios de inconstitucionalidad. No hemos traído, bajo ningún respecto, una discusión de oportunidad o mérito político a esta sede. Precisamente, los preceptos cuyo control se solicita a S.S.E. atentan contra derechos fundamentales de las personas migrantes, consagrados en nuestra Constitución Política, de modo que no pueden considerarse ejercicio legítimo de la soberanía ni de las potestades legislativas del Congreso al que pertenecemos. **En otras palabras, el presente requerimiento se deduce con total respeto, tanto de la especificidad de la competencia de este Excelentísimo Tribunal Constitucional** (para conocer exclusivamente de impugnaciones por vicios de inconstitucionalidad), **como de las potestades legislativas del Congreso Nacional al que estos requirentes pertenecen** (que, en lo demás, debe tener libertad para determinar la decisión que políticamente considere más justa).

I. ANTECEDENTES RELEVANTES DE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

Con fecha 4 de junio de 2013, el Gobierno de Chile, a través de un mensaje presidencial suscrito por el presidente Sr. Sebastián Piñera, en su primer mandato, y los entonces ministros y ministras del Interior y Seguridad Pública, Sr. Andrés Chadwick Piñera, de Relaciones Exteriores, Sr. Alfredo Moreno Charme, de Defensa Nacional, Sr. Rodrigo Hinzpeter Kirberg, de Hacienda, Sr. Felipe Larraín Bascuñán, de Economía, Fomento y Turismo, Sr. Félix de Vicente Mingo, de Desarrollo Social, Sr. Joaquín Lavín Infante, de Educación, Sra. Carolina Schmidt Zaldívar, del Trabajo y Previsión Social, Evelyn Matthei Fornet, de Justicia, Sra. Patricia Pérez Goldberg y de Salud, Sr. Jaime Mañalich Muxi, ingresó a tramitación en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, contenido en el Boletín N° 8970-06, cuyo propósito declarado era modernizar la legislación migratoria vigente, aprovechando “las potenciales ventajas de la migración internacional en beneficio del país”. También en el mensaje se detalla que la integración de las personas migrantes constituye un eje de la reforma migratoria y declara “apuntar hacia la migración regular como única vía para la integración plena”.

Para justificar la necesidad de esta reforma, se detalla que el Decreto Ley N° 1.094 de 1975 es a la fecha la regulación más antigua de la región y que carece de principios orientadores, derechos y deberes de las personas extranjeras. En relación con este punto se señala que la Constitución “no se hace cargo de las fronteras específicas que deben trazarse para quienes se encuentran en condición migratoria irregular, como el alcance de las prestaciones educativas y de salud”, lo que justificaría regular esta materia.

Asimismo se señala que las categorías migratorias que regula son insuficientes, que la institución migratoria vigente es débil y que no contempla mecanismos institucionales para la “generación de política”. Además se observa negativamente los obstáculos que se presentan para materializar las expulsiones, pese a “la lógica de seguridad nacional” asociada a la normativa vigente.

El proyecto consta de un título preliminar referido a definiciones y 16 títulos, que abordan el ámbito de aplicación de esta ley (Título I); sus principios (Título II); la regulación del ingreso y el egreso (Título III); las categorías migratorias (Título IV); las obligaciones de los medios de transporte internacional, empleadores e instituciones de educación superior (Título VI); las infracciones y sanciones (Título VII); la expulsión y el retorno asistido (Título VIII); las medidas de control (Título IX); los recursos (Título X);

el reconocimiento de títulos (Título XI); las comunicaciones y notificaciones (Título XII); la situación de los chilenos en el exterior (Título XIII), la institucionalidad migratoria (Título XIV); otras disposiciones interpretativas de la Constitución y que modifican otras normas (Título XV) y artículos transitorios (Título XVI).

Según se observa en la historia de su tramitación, este proyecto de ley alcanzó a ser discutido en el primer gobierno del Presidente Sebastián Piñera en la Comisión de Gobierno Interior y Regionalización de la Cámara de Diputados, interrumpiéndose su tramitación durante el gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria.

En el segundo gobierno del Presidente Piñera, se reactivó su tramitación y se presentaron indicaciones al proyecto (008-366), con fecha 10 de abril de ese año, manteniéndose los lineamientos generales del proyecto original.

Luego de que el texto propuesto fuera discutido en las Comisiones de Gobierno Interior y Regionalización; de Derechos Humanos y de Pueblos Originarios, y de Hacienda de la Cámara de Diputados, el proyecto fue aprobado en general y en particular el 16 de enero 2019 en la Cámara de Diputados y remitido a la Cámara revisora.

En el Senado, el Proyecto fue revisado por las Comisiones de Gobierno, Descentralización y Regionalización, de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, y de Hacienda, aprobándose con modificaciones que fueron aprobadas en Sala en la discusión particular y remitiéndose a la Cámara de origen con fecha 2 de octubre de 2020.

En la Cámara de Diputados se rechazaron algunas de las enmiendas aprobadas en el Senado por lo que, con fecha 3 de noviembre de 2020, se constituyó la Comisión Mixta a cargo de discutir las modificaciones que fueron rechazadas en tercer trámite constitucional.

En la Comisión Mixta se discutieron diez artículos, aprobándose, con modificaciones, seis de ellos, en particular, el artículo 10, nuevo, incorporado por el Senado que se refiere a la protección complementaria a la otorgada a personas refugiadas; las oraciones finales incorporadas por el Senado en el inciso quinto del artículo 13 relativas a la protección especial y otorgamiento de visa para su permanencia a las mujeres embarazadas, víctimas de trata y tráfico de migrantes, o de violencia de género o intrafamiliar; el número 5 del artículo 32 referida a las prohibiciones imperativas de ingreso al país a los extranjeros que se encuentren en procesos judiciales pendientes en el extranjero; la

formulada al número 4 del artículo 124, que pasó a ser artículo 128, que regula las causales de expulsión de residentes y a la inclusión de la circunstancia de “encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de residencia temporal sin haber solicitado su renovación en un plazo superior a ciento ochenta días corridos contado desde el vencimiento del mismo, salvo que por caso fortuito o fuerza mayor el extranjero no pudo realizar tal renovación”; el inciso segundo del artículo 130, que pasó a ser artículo 134 que regulaba la prohibición de revocación o suspensión de la “medida de expulsión a aquellos extranjeros que hayan sido condenados por sentencia firme y ejecutoriada, de los delitos que merezcan pena aflictiva señalados en el numeral 5 del artículo 32” y el artículo octavo transitorio, nuevo, incorporado por el Senado, que regula un mecanismo de regularización extraordinaria. También se aprobó la supresión del número 4 del artículo 33 que regulaba la prohibición facultativa de ingreso al país a los extranjeros que “realicen declaraciones manifiestamente falsas al momento de obtener la visa o presentarse ante el control migratorio”; la del número 13, nuevo, agregado por el Senado en el artículo 68, que pasaría a ser artículo 70, que regulaba el otorgamiento de visas de residencia para mujeres embarazadas, víctimas de trata y tráfico de migrantes, o de violencia de género o intrafamiliar; el número 13 incorporado por el Senado en el artículo 170, que pasó a ser artículo 176 que regulaba la modificación del decreto con fuerza de ley N°725, de 1968, del Ministerio de Salud, Código Sanitario, para permitir que personas que acrediten título profesional otorgado en el extranjero puedan desempeñarse como médicos, dentistas, químico-farmacéuticos o matronas en los lugares de la República, y el artículo décimo transitorio, nuevo, incorporado por el Senado, relativo a la prohibición de otorgar residencias temporales a trabajadores temporales, sin la existencia previa de una ley que regule el estatuto laboral para el trabajador migrante de temporada.

Posteriormente, el Informe de la Comisión mixta fue aprobado por 102 votos a favor, 32 en contra y 11 abstenciones en la Cámara de Diputados. Adicionalmente, también fue aprobada en votación separada la nueva redacción del artículo 8 transitorio, por 108 votos a favor, 22 en contra y 13 abstenciones.

En cuanto a las normas que son objeto de este requerimiento se debe mencionar que en reiteradas ocasiones distintos parlamentarios, entre ellos, lo que adhieren a este requerimiento, hicieron presente cuestiones de constitucionalidad relativas a los artículos que se detallarán en este escrito.

Así, en la Sesión 40ª Ordinaria de la Sala del Senado, de fecha 13 de agosto de 2019, el Senador Juan Ignacio Latorre precisó que “no basta reemplazar una norma heredada de la dictadura por una

que cuente con una legitimidad democrática, como la que estamos construyendo acá. En este sentido, resulta imprescindible emplear como brújula del proyecto de ley el respeto y la promoción de los derechos humanos. Lo anterior no resulta ni antojadizo, ni caprichoso, sino que es coherente con el mandato del artículo 5° de la Constitución, que indica que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos humanos que consagran la Constitución y los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile”. Adicionalmente, el Senador observó la ausencia de “una consagración del principio de no devolución; mecanismos de protección a migrantes que se encuentren en una situación de alta vulnerabilidad; procedimientos que concreten el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes migrantes, y evitar usar la sanción administrativa de expulsión como una sanción penal que incluso pueda privar de libertad a las personas migrantes a manos de la autoridad administrativa, sin control judicial previo ni posterior, de manera arbitraria; y una consagración igualitaria en el acceso a derechos sociales”.

En similar sentido, en la Sesión 85° Especial del jueves 8 de octubre de 2020 en tercer trámite constitucional, la Diputada Catalina Pérez precisó que el proyecto de ley constituía un retroceso respecto del Decreto Ley N°1094, evidenciando las vulneraciones de derecho que se identifican en sus normas y mencionando la inconstitucionalidad de medidas como la ampliación del plazo de detención migratoria a 72 horas, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 19, n°7, letra c), la excesiva discrecionalidad de algunas causales de prohibición de ingreso y la regulación del procedimiento de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados. En similar sentido, en la Sesión 110° ordinaria de la Cámara de Diputadas en la que se votó el Informe de la Comisión Mixta del pasado 2 de diciembre, sostuvo que el Proyecto de ley “contiene disposiciones que son derechamente contrarias a la Constitución y a nuestras obligaciones internacionales de derechos humanos”, detallando con posterioridad algunas de las normas consideradas en este requerimiento.

También la Diputada Marisela Santibáñez en la Sesión 110° ordinaria de la Cámara de Diputadas de 2 de diciembre de 2020 sostuvo que el proyecto “lejos de avanzar en un enfoque de derechos”, perpetúa el enfoque de seguridad nacional del Decreto Ley N°1094 de Extranjería y “mantiene un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad en materia migratoria”, generando mayor irregularidad migratoria y sin garantizar los derechos de las personas migrantes.

Posteriormente, en la Sesión 126ª Extraordinaria, de jueves 3 de diciembre de 2020, la Sala del Senado aprobó el informe de la Comisión Mixta, recaído en el proyecto de ley. En esta oportunidad,

el Senador Latorre rechazó el informe respectivo, pidiendo que “se deje en acta y para todos los efectos que correspondan que realice reservas de constitucionalidad del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería respecto de los artículos 3, inciso 2° y 4°, artículos 16, inciso 2° y 3°, artículo 18, 27, inciso 2°, 33, N°4 y 5, 127, N°6, artículo 131, inciso 1°, 132, 133, 135, 137, inciso 4°, 175, incisos 2° y 3°, 176, numeral 17, por los motivos que expondré brevemente dado que estas normas infringen la Constitución en sus artículos 19, N°2, N°3, N°7, letra a) y c) y n° 26, así como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, ambos ratificados por Chile y vigentes. Hemos visto con preocupación avanzar una propuesta legislativa que adolece de algunos problemas de inconstitucionalidad (...) ciertos aspectos del proyecto de ley impulsados por el gobierno de Sebastián Piñera no avanzan en la dirección correcta en mi opinión. Muy por el contrario, algunas de las normas propuestas representan graves restricciones a los derechos a los derechos fundamentales de las personas migrantes y entre ellos niños, niñas y adolescentes (...)”.

También el Senador indicó que el Proyecto de Ley “contraviene principios básicos que rigen los procedimientos administrativos sancionatorios, así como el principio de reserva legal. Muchos de estos vicios persisten, al punto que el proyecto de ley emanado de la Comisión Mixta aún adolece de graves inconstitucionalidades”. A continuación, el parlamentario detalló algunos de estos vicios, precisando que “el artículo 3, inciso 2° y 4° restringe el goce del ejercicio del derecho a la libertad personal y ambulatoria de los extranjeros permitiendo que la administración restringirlo por la vía reglamentaria, cuestión que la Constitución actual prohíbe”.

Asimismo, precisó que “(...) el art. 132 establece el procedimiento de retorno asistido sin garantizar adecuadamente los derechos de niños, niñas y adolescentes no acompañados y exponiéndolos a ser expulsados del territorio nacional y rechazados en frontera sin que se asegure su interés superior y la reunificación familiar”.

Por su parte, la senadora Yasna Provoste, en la misma línea de lo ya señalado, indicó: “yo lamento muchísimo que este proyecto de ley no resguarde las garantías y derechos de niños, niñas y adolescentes y en este sentido, lo que hace este proyecto de ley es que mira bajo la sospecha y bajo la excusa de querer impedir la instrumentalización de los niños, niñas y adolescentes y asume que su ingreso favorecería el posterior ingreso de sus padres al país. Lo anterior carece de argumentos, en tanto no considera que los datos con los que el país cuenta muestran que el mayor número de niños,

niñas y adolescentes que ingresa de manera clandestina lo hacen para reunirse con sus padres y curadores (...) Por otro lado, el proyecto de ley no respeta el principio de no discriminación establecido en la Convención sobre los derechos del Niño en tanto refiere una lista de innumerables mejoras que traería para los niños, niñas y adolescentes, mientras que las medidas para los niños, niñas y adolescentes no acompañados son contrarias a estas mejoras y lo que hace es una distinción arbitraria respecto a que niños y niñas podrán acceder a derechos y quienes no, privando de estos el acceso a un tribunal de familia, lo que incumple los estándares internacionales. (...) De la misma forma, el artículo 131, inciso 1° que establece la llamada reconducción inmediata es un retroceso (...). Esta institución faculta a las policías a devolver a determinados extranjeros a su país de origen sin necesidad de que se dicte una orden de expulsión a su respecto y sólo permitiéndoles reclamar de esta medida desde el extranjero. La norma permite que se produzcan privaciones del derecho a la libertad personas sin que la autoridad migratoria tenga siquiera que dar razones de por qué los expulsa. (...) Las disposiciones del artículo 16, inciso 2° y 3° son también un retroceso. Estas disposiciones limitan el acceso a prestaciones de seguridad social no contributivos a todos los extranjeros que llevan menos de 24 meses en calidad de residentes, es decir excluye a quienes están regulares, pero que no hayan cumplido dos años de residencia, establece como regla general la restricción al derecho a la seguridad social, lo que vulnera el artículo 19, n°18”.

Finalmente, se refirió al artículo 175 de este proyecto como “una norma interpretativa de la Constitución que restringe el derecho a sufragio” de personas extranjeras, consagrado en el artículo 14 de la Constitución. En particular, “los incisos 2° y 3° establecen que la contabilización del plazo se interrumpe, es decir, se pierde el tiempo transcurrido si el extranjero pierde por cualquier motivo la categoría de residente, por ejemplo, por no haber obtenido su prórroga a tiempo. Esto contraviene la noción de avencindamiento que establece la Constitución que fue expresa e intencionadamente una idea material y no jurídica. A la vez podría resultar regresivo impidiendo la votación en procesos electorarios próximos (...) a quienes ya habían ejercido previamente su derecho a sufragio y discrimina a los trabajadores de temporada”.

Al momento de la presentación de este requerimiento, el Proyecto de Ley se encuentra en su trámite de finalización ante la Cámara de Diputados. En efecto, luego de haberse aprobado el informe de la Comisión Mixta tanto en la Cámara como en el Senado, la Presidencia de este último remitió el Oficio N°590/SEC/20 de 3 de diciembre de 2020 a la Presidencia del primero, informando de la aprobación. Con ello, el proyecto ha quedado en condiciones de que, una vez se haya dado

cuenta de oficio en la Cámara de Diputados, esta (en su calidad de cámara de origen) despache al Ejecutivo el oficio de ley. Recibido que sea tal oficio, el Poder Ejecutivo deberá decidir si hace uso de su poder de veto de conformidad con el artículo 73 de la Constitución o, de lo contrario, podrá derechamente ingresar el respectivo decreto promulgatorio a la Contraloría General de la República. **No habiéndose despachado todavía el oficio de ley al Ejecutivo, los Diputados y Diputadas requirentes nos hallamos dentro del plazo contemplado en el artículo 62 de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Excmo. Tribunal Constitucional para deducir el presente requerimiento.**

II. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD COMUNES A LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS

Sin perjuicio de que en el apartado III. detallaremos el modo en que cada uno de los preceptos impugnados resulta contrario a diversas disposiciones constitucionales, permítasenos entregar un marco general de discusión. Dedicaremos las páginas siguientes a describir tres cuestiones de constitucionalidad que cruzan unos y otros preceptos impugnados. Más adelante argumentaremos en particular acerca de cada uno de los vicios de inconstitucionalidad que los preceptos individualmente considerados presentan.

1 Los preceptos impugnados manifiestan un enfoque restrictivo y discriminatorio respecto del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes, institucionalizando la excepcionalidad

Los preceptos impugnados por la vía de este requerimiento manifiestan un enfoque restrictivo y discriminatorio hacia las personas migrantes, a la vez que institucionalizan un tratamiento de excepción en relación al ejercicio de sus derechos fundamentales. En efecto, las normas cuya revisión se solicita a esta Excm. Magistratura evidencian una forma de diseñar e implementar las políticas migratorias que lesiona los estándares constitucionales e internacionales para el ejercicio de potestades estatales, entrando, en ocasiones, en abierta contradicción con la protección integral de los derechos fundamentales de las personas migrantes. Difícilmente sería posible encontrar en otros ámbitos una regulación del ejercicio de los derechos fundamentales como la que se pretende convertir en ley en materia de migración. En varias disposiciones de este proyecto de ley, el legislador actúa como si las políticas de control a la inmigración fueran un “enclave” de soberanía plena, siendo que su actuar en este sentido no puede sustraerse del sometimiento a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, de conformidad con los artículos 6º y 5º inciso segundo de la Constitución Política de la República.

Una de las expresiones de este enfoque restrictivo se plasma en la regulación (en el proyecto de ley) del derecho a la libre circulación, que no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 19 N°7 de la Constitución, la que lo asegura, en sus diversos aspectos, sin hacer diferencia alguna entre nacionales chilenos y extranjeros. De esta manera, disposiciones del proyecto como el artículo 3º inciso segundo

y cuarto, desconocen el derecho a entrar al país, que el literal a) de la citada disposición constitucional garantiza a todas las personas. Ello es utilizado luego como un pilar del resto del articulado, justificando un conjunto de restricciones a los derechos de los extranjeros que buscan ingresar y permanecer en Chile.

El enfoque discriminatorio se expresa en el trato que, en general, el legislador ha dado a las personas migrantes en razón de su nacionalidad, que es distinto al que se da a los chilenos en relación al ejercicio de sus derechos fundamentales. La Constitución Política de la República no admite la aplicación de estándares menos rigurosos para la garantía de los derechos fundamentales de las personas migrantes, en la medida que su artículo 19 asegura el catálogo completo de derechos a “*todas las personas*”, sin diferencias entre nacionales y extranjeros, salvo los particulares casos del artículo 13 en materia de ciudadanía y del artículo 19 N°16 en materia de libertad de trabajo¹. La nacionalidad no es, en general, una categoría en virtud de la cual el legislador pueda ejercer un trato diferenciado, de conformidad con los estándares constitucionales.

En particular, este enfoque discriminatorio se evidencia en disposiciones del proyecto de ley tales como el artículo 16 incisos 2° y 3°, que supone un trato injustificadamente diferenciado entre chilenos y extranjeros, y entre los mismos extranjeros. Por último, es también posible identificar un trato discriminatorio en el artículo 18 del proyecto de ley, al excluir a las personas migrantes del ejercicio de los derechos en materia de vivienda cuando se trate de subsidios de arrendamiento.

Los preceptos impugnados del proyecto de ley aplican también un enfoque que institucionaliza un trato excepcional hacia las personas migrantes, colocándolas al margen de la vigencia plena de las reglas básicas del Estado de Derecho. Su articulado da forma a un verdadero estatuto jurídico especial, que se aplica a las personas migrantes como si se tratara de sujetos especiales, y excluyéndolos de la vigencia plena de la juridicidad, representada por la Constitución Política de la República. Se trata, en palabras de la destacada jurista francesa Danièle Lochak, de una situación que somete a los

¹ Sobre la naturaleza de dicha habilitación, en todo caso, este Excmo. Tribunal Constitucional ha fallado recientemente que “La forma en que se regula la libertad de trabajo en la Carta Fundamental permite entonces contemplar la nacionalidad como criterio o parámetro diferenciador, siempre en forma muy excepcional, por cuanto el legislador puede exigirla nada más que para determinados trabajos” y, por ello, “aunque la categoría de nacional sea un requisito admisible para restringir el acceso a los empleos y cargos públicos, en tal caso el examen que se efectúe para determinar una eventual discriminación arbitraria se transforma en un *escrutinio exigente*, porque en él habrá de analizarse bajo un estándar más estricto que en otros casos el fundamento del criterio diferenciador *puesto que incide en una de las denominadas “categorías sospechosas”*” (STC 6307, c. 17° y 18°).

extranjeros a auténtico “*estado de excepción permanente*”, que les priva del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales².

Así, los preceptos sometidos a la revisión de este Excmo. Tribunal Constitucional pretenden consagrar normas que, respecto a las personas migrantes, supone un trato excepcional no autorizado por la Constitución en relación al estatuto jurídico del derecho a la libertad ambulatoria (artículo 3º, incisos 2 y 4), de los derechos que asisten a las personas privadas de libertad (artículo 135 inciso primero y final), del derecho a la no discriminación (artículos 16 inciso segundo y tercero, 18), del derecho a sufragio (artículo 175), de la interdicción a la arbitrariedad (artículos 27 inciso segundo, 33 N°4 y 5, 58, 131 inciso primero, 176 N°17, 127 N°6) y de la proporcionalidad en materia de actividad sancionatoria de la Administración del Estado (artículo 117 inciso octavo).

2 Los preceptos impugnados consagran espacios de excesiva discrecionalidad administrativa, al punto de transformarla en arbitrariedad, transgrediendo los límites de la reserva legal

Sumado al enfoque restrictivo y discriminatorio, según ya mencionamos arriba, los preceptos impugnados consagran reglas que vulneran los límites a los que debe someterse el legislador cuando concede espacios de discrecionalidad a la Administración del Estado, especialmente cuando estamos en presencia de derechos fundamentales.

En términos generales, hay discrecionalidad administrativa cuando el legislador deliberadamente concede a la Administración del Estado espacios amplios de interpretación para definir el modo de aplicación de la legislación³. Dicha amplitud depende y varía en razón de muchos factores tales como la materia sometida a regulación, los intereses jurídicos comprometidos o los organismos públicos involucrados. En cualquier caso, lo central es que los sistemas jurídicos contemporáneos asumen que la legislación requiere entregar discreción pues los espacios que regulan las leyes son

² LOCHAK, Danièle (2007): *Face aux migrations: État de Droit ou état de siège*, Paris: Textuel.

³ Véase, en general por todos, Sánchez Morón, M. “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa” en VVAA Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo. CGPJ, Madrid, 1995.

progresivamente más complejos y a la Administración muchas veces está en una mejor posición institucional para determinar la corrección en la implementación de una política mandada por la ley⁴.

Independientemente de lo anterior, los espacios de discreción deben satisfacer diferentes estándares de justificación que varían en atención a varios factores, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la pregunta central es cómo ponderar la discrecionalidad de la administración junto con la tutela y control de estos derechos y así evitar su real o potencial supresión, restricción o limitación. La pregunta, es cuál es el estándar al que debe someterse el legislador al momento de entregar espacios de discreción a la administración cuando se restringen el goce de los derechos fundamentales.

Tanto la dogmática de los derechos fundamentales, como la misma jurisprudencia de este Excelentísimo Tribunal, han ido convergiendo en torno a la idea de que cuando el legislador consagra espacios de discreción en materia de derechos fundamentales, debe ser especialmente riguroso no solo en la definición y delimitación de los espacios de actuación, sino además en evidenciar la razonabilidad en cada limitación o espacio de discreción a la administración. En efecto, la discrecionalidad administrativa entra en tensión con la reserva legal en materia de derechos fundamentales la que además, en lo referido al derecho a la libertad personal, es consagrada en términos absolutos en el artículo 19 N°7 letra b) de nuestra Constitución.

En términos generales, el estándar de justificación al que debe someterse el legislador al momento de definir la actuación de la Administración restringiendo derechos fundamentales requiere evaluar con claridad, al menos; (i) el supuesto de hecho de la autorización de actuación, permitiendo a los ciudadanos identificar claramente cuándo se encuentran en dichas situaciones de modo que sirva como regla de comportamiento; (ii) las condiciones y requisitos procedimentales bajo las cuales debe someterse la actuación administrativa, de modo de tener claridad de los elementos que servirán de control *ex post* por parte de la misma administración y de tribunales; y (iii) los supuestos que definen

⁴ Montt Oyarzún, Santiago. "Autonomía y responsividad: dos expresiones de vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales", en: De la Cuétara, Juan Miguel; Martínez José Luis; Villar, Francisco José (Coord.), Derecho Administrativo y Regulación Económica (Madrid, La Ley), pp. 56-80. 2011. En términos comparados, Kagan Elena, "Presidential Administration" 114 Harvard Law Review 2246 2000-2001.

la competencia para la actuación, de modo de servir de criterio de legalidad de la actuación y de mecanismo de coordinación de los órganos de administración⁵.

Ahora bien, la satisfacción de dicho estándar no sólo supone evaluar si las reglas son consistentes con la Constitución Política. Este estándar también permite anticipar, al menos de manera abstracta, el tipo de control al que deberá someterse la misma Administración pues habrá criterios suficientes para evaluar la razonabilidad de una actuación bajo criterios objetivos, claros y, cuando haya derechos fundamentales en juego, proporcionales. Dicho de otra forma, ahí donde hay regla que guíe la actuación, hay estándar de control al que someter una actuación.

Se observa, como los derechos fundamentales sirven de límites al legislador respecto del modo en que autoriza, delega, ordena o habilita a la administración para aplicar normas restrictivas de derechos fundamentales. Así lo ha definido también este Excmo. Tribunal cuando afirma que:

“que las disposiciones legales que regulen el ejercicio de estos derechos deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Por último, los derechos no podrán ser afectados en su esencia, ni imponerles condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (STC 465, c. 25°).

Veremos de qué modo los preceptos impugnados consagran una serie de reglas que limitan o restringen el goce y ejercicio de derechos fundamentales y conceden espacios de discrecionalidad a la Administración del Estado bajo fórmulas que exceden los límites o no satisfacen el estándar de justificación requerido para considerarlas reglas válidas bajo la Constitución Política y el derecho internacional de los derechos humanos.

⁵ Así, Cordero Vega, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo, 2 edición, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2015.

3 Los preceptos impugnados consagran una visión restrictiva de la libertad ambulatoria, que omite aspectos esenciales de la misma según está constitucionalizada en el artículo 19 N°7, especialmente en su letra a)

En virtud de lo dispuesto en su artículo 19 N°7, la Constitución Política de la República asegura a todas las personas (chilenos y extranjeros) el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En los literales que componen el número 7, la Constitución se encarga de explicitar el contenido de aquel derecho, declarando en su letra a) que, en consecuencia, “toda persona tiene el derecho de residir y permanecer en cualquier lugar del territorio 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”.

Dicha disposición consagra el derecho “a la libertad ambulatoria, de locomoción o desplazamiento físico de la persona humana, que permite el asentamiento en un lugar, así como el cambio de domicilio y residencia, dentro o fuera del país”⁶.

En tal precepto, junto con garantizar el derecho de residencia y permanencia, se garantiza la denominada libertad ambulatoria o de circulación. Sobre esta última, su tipicidad iusfundamental, esto es, “[...] las consecuencias jurídicas derivadas del respectivo derecho y con ello, al conjunto de enunciados normativos que pueden predicarse como contenido de la protección iusfundamental”⁷, son: 1) el derecho a ingresar a (y permanecer en) el territorio de la República, 2) el derecho a trasladarse de un lugar a otro dentro de su territorio y 3) el derecho a salir de su territorio.

En cuanto a su titular, la Constitución no realiza distinción entre nacionales y extranjeros. En efecto, conforme a la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional,

“[la] Constitución, en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso ente extranjero y nacional. [...] Lo anterior implica que el derecho a emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo,

⁶ García Pino, Gonzalo, Contreras Pablo, Vásquez y Martínez Placencia, Victoria (2016): *Diccionario constitucional chileno*. Santiago de Chile: Hueders, p. 646.

⁷ Véase Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 138.

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'" (STC N°2273, c. 29°).

Es más, la Magistratura Constitucional ha estimado que las distinciones entre extranjeros y chilenos requiere de una habilitación constitucional expresa, de lo contrario se considera, en línea de principio, una categoría sospechosa⁸.

En tal sentido, la Constitución chilena eleva los estándares internacionales, consagrando bajo la naturaleza de derecho fundamental que los extranjeros tienen derecho para ingresar al territorio nacional. En la regulación internacional, y en la medida que aquellos hayan ingresado conforme a la legislación estatal, tan solo se les asegura el derecho a circular libremente en su territorio, escoger su residencia en él y salir de este⁹.

Conforme a lo dicho, por tanto, el problema no radica en reflexionar en torno al contenido protegido por el derecho o en su titular, sino que se traslada respecto al adecuado ejercicio de las posibilidades de restricción de su ejercicio.

Como bien señala la doctrina constitucional, dentro de las diferentes formas de limitación de los derechos fundamentales se encuentra la regulación. Este grupo de limitaciones "[...] está constituido por específicas habilitaciones regulatorias al legislador que, en esta medida, no podrán limitar el ámbito de actuación del titular de una libertad, sino sólo indicar las modalidades de su ejercicio. Como se ha dicho [...], lo que caracteriza a una regulación es que deja intacto el universo de posibilidades entregado por la respectiva libertad, y sólo les somete a las modalidades de ejercicio"¹⁰. Uno de los casos de regulación es el art. 19 N°7, letra a) de la Constitución.

De esta forma, al legislador sólo le corresponde dar regulación a la forma, medios o condiciones a través de los cuales el contenido protegido puede ejercerse; no pudiendo suprimir alguna de las facultades reconocidas a todas las personas consagradas en el precepto en comento. Tal es el caso que este Excmo. Tribunal Constitucional sentenció que "[...] el Estado puede condicionar su

⁸ Cfr. STC Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 30°.

⁹ Véase artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 8 y 39 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

¹⁰ Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 248.

consentimiento al ingreso de un extranjero al país, bajo una serie de requisitos normativos previstos por la ley y que deben cumplirse, relativos a la circulación, residencia o empleo o condiciones generales a observar por el extranjero en situación de tránsito” (STC 2273, c. 41°).

Ello permite afirmar que, si bien los extranjeros tienen el derecho a emigrar, ello no importa un deber *absoluto* por parte del Estado en orden a aceptarlo, toda vez que dichos particulares deben cumplir con las condiciones establecidas por las leyes dictadas al efecto¹¹. Con todo, la habilitación constitucional al legislador para fijar dichas condiciones no puede tampoco entenderse como una habilitación absoluta o exenta de control. Tal como hemos dicho más arriba, en materia de limitación de derechos fundamentales, el legislador se ve siempre obligado al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5° de la Constitución); así como por la reserva legal, que le impone el deber de establecer limitaciones específicas, determinadas, y no genéricas (artículo 19 N°7 letra b) y N°26); y se encuentra sujeto a un escrutinio estricto de razonabilidad de la medida, lo que incluye la consideración de la nacionalidad como categoría sospechosa de discriminación arbitraria (artículo 19 N°2 de la Constitución). Así las cosas, para ajustarse a la Carta Fundamental, no sólo basta con que la limitación esté consagrada en la ley, sino que deberá cumplir otros requisitos sustantivos.

En efecto, esta Excm. Magistratura ha precisado en este respecto el contenido normativo del artículo 19 N°26 de la Constitución, resolviendo:

“Que, es principio general y básico del derecho constitucional chileno la ‘reserva legal’ en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Así, **toca al legislador y sólo a él, disponer normas al respecto**, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía, pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (STC Rol N°239, c.9; STC Rol N°389, c.22 y STC Rol N°541, c.21)” (STC 3028, c. 17°, énfasis agregado).

De este modo, “sólo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales”¹². Dichas leyes deben, además, contener una regulación determinada y

¹¹ Cfr. STC Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 41°.

¹² Nogueira Alcalá, Humberto (2005): “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, en Revista *Ius Et Praxis*, año 11, N°2, p. 23. Recogida en Tribunal Constitucional, causa Rol N°1.365 -2009 INA, sentencia de 8 de abril de 2010, considerando 23°

detallada¹³. En efecto, esta Excm. Magistratura ha resuelto en reiteradas ocasiones que las disposiciones legales que restrinjan determinados derechos fundamentales deben reunir los requisitos de “determinación” y de “especificidad”. El primero exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen en forma concreta en la norma legal. El segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad. Sólo en la medida en que ambos requisitos sean cumplidos, será posible y lícito que se haga uso de la potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos instrumentales la norma para ser así posible el mandato legal (cfr. STC 388 c. 17°, 2684 c. 16°, 2841 c. 23°).

En cuanto a la protección del contenido esencial, este Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado que para tal determinación es necesario atender a dos factores. Por una parte, a su naturaleza jurídica, esto es, aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. Y, por otra, a los intereses jurídicamente protegidos, esto es, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos¹⁴. Al respecto, y como se ha dicho, a diferencia de los Tratados Internacionales, nuestra Constitución ha caracterizado a la libertad ambulatoria como un derecho que, si bien será ejercido conforme a las normas legales que le regulen, tiene un contenido esencial que le atribuye a su titular tres facultades: ingresar al (y permanecer en el) territorio nacional, desplazarse dentro de él y salir de este.

Adicionalmente, las restricciones que se adopten deben ser idóneas, esto es, deben responder a una finalidad legítima (responder a bienes o fines constitucionalmente previstos) y ser adecuados para tal fin¹⁵. En tal línea, es conveniente observar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes que, por vía del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, permiten

¹³ Cfr. STC Rol N°2.841 -2015 INA, sentencia de 21 de enero de 2016, considerando 23°.

¹⁴ Cfr. STC Rol N°2.693 -2014 INA, sentencia de 13 de octubre de 2015, considerando 10°.

¹⁵ Díaz García, L. Iván (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°36, pp. 177-178.

identificar fines y bienes que dan fundamento a la regulación¹⁶. No obstante, conviene destacar que, al desarrollar su actividad regulatoria, el legislador no puede innovar de forma tal que afecte derechos humanos consagrados en el derecho internacional e interno, pues su atribución no es absoluta¹⁷. Sujetar al Estado a dichos estándares en caso alguno supone entender que se está negando su potestad de control migratorio, ni mucho menos afectando su soberanía¹⁸. Lo anterior, pues ha sido precisamente en virtud de una decisión soberana (una decisión fundamental soberana, constitucionalizada en el artículo 5° citado) que el Estado se ha fijado a sí mismo tal estándar, reconociendo que ningún ejercicio de voluntad soberana puede ser legítimo si no respeta los derechos esenciales (derechos humanos y fundamentales) que emanan de la naturaleza humana. Luego, el respeto por el derecho fundamental a la libertad personal (consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución) es condición de validez de cualquier ejercicio de la voluntad soberana, incluido el control de las fronteras y las migraciones.

A lo dicho, cabe agregar que las restricciones que se adopten deben ser necesarias o indispensables para alcanzar los fines perseguidos. Así, las medidas restrictivas que sean contenidas en las normas correspondientes, además de ser idóneas, deben ser aquellas indispensables, no existiendo otras que permitan la satisfacción del bien u objetivo constitucionalmente valorados. De haber otra medida, la regulación no es necesaria y, por ende, inconstitucional. Por ejemplo, para asegurar la protección de la salud pública, el establecimiento de prohibiciones de ingreso *in abstracto* puede, por la envergadura de las circunstancias sanitarias del país de origen, no ser la única medida que evite el ingreso de determinadas enfermedades al país; así, una prohibición de ingreso *in abstracto* puede ser reemplazada por un control sanitario previo, luego de la cual tendría lugar la aplicación de una prohibición en caso de efectivo contagio, o bien una cuarentena preventiva.

Finalmente, la regulación debe ser proporcional en sentido estricto. Dicha proporcionalidad “[...]” tiende a establecer, en concreto, si el grado en que se afecta un derecho fundamental se encuentra justificado

¹⁶ A vía ejemplar, véase a Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la norma chilena con los estándares internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, N°1, p. 191.

¹⁷ Dirección de Estudios de la Corte Suprema (2018): *Derechos humanos de las personas migrantes como límites a la facultad de excluir*. Santiago de Chile: DECS, p. 15.

¹⁸ Domínguez Valverde, Cecilia Andrea (2016): “Derecho migratorio chileno a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N°1, p. 193.

por el fin perseguido”¹⁹. Por medio de ella “[...] se evalúa la constitucionalidad de una medida sometida a control mediante una ponderación que permita determinar qué interés constitucional debe ser preferido y cuál debe ceder, a partir de las condiciones del caso concreto (criterio de preferencia condicionada)”²⁰.

¹⁹ Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 267.

²⁰ Díaz García, L. Iván (2011): “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N°36, p. 195.

III. LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS Y SU INCONSTITUCIONALIDAD EN PARTICULAR

Tal y como adelantáramos al comienzo de este escrito, el presente requerimiento se dirige contra catorce preceptos contenidos en el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06). Para una mayor facilidad de lectura y comprensión, las impugnaciones dirigidas contra cada uno de ellos se tratarán en apartados diferenciados, transcribiendo en su inicio la totalidad del artículo al que pertenece el precepto impugnado correspondiente y destacando aquella parte que se impugna.

1 Artículo 3°, incisos 2° y 4°: infracciones a la libertad personal, al derecho a la igualdad y a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

El artículo 3° da inicio al Título II “De los principios fundamentales de protección” y a su párrafo I “Objetivos”. Lo hace, aparentemente reafirmando la amplitud de la garantía constitucional de los derechos fundamentales (“a todas las personas”, dice la Constitución), aterrizándola al ámbito migratorio (“el Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria”, dice el inciso 1° del artículo 3° del Proyecto de Ley). Sin embargo, esta afirmación inicial se ve rápidamente contradicha por los incisos siguientes. Copiamos a continuación el texto completo del artículo 3°, ennegreciendo únicamente la parte impugnada (los incisos 2° y 4°).

“Artículo 3.- Promoción, respeto y garantía de derechos. El Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria, incluidos los afectos a la ley N° 20.430.

Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio nacional tiene el derecho a circular libremente por él, elegir su residencia en el mismo y a salir del país, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 126 bis de la Constitución.

Corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. A todo extranjero que solicite el ingreso o un permiso de residencia en el país se asegurará la aplicación de un procedimiento racional y justo para la aprobación o rechazo de su solicitud, el que se efectuará bajo criterios de admisión no discriminatoria.

Una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro del territorio nacional, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir del mismo solo podrán limitarse de conformidad con lo consagrado en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Asimismo, el Estado promoverá, respetará y garantizará los derechos que le asisten a los extranjeros en Chile, y también los deberes y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se compromete a adoptar todas las medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles y por todo medio apropiado, para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, para lo cual podrá recurrir, si ello no fuere posible, a la asistencia y cooperación internacional.

El Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación” (el destacado es nuestro).

Las normas impugnadas evidentemente privan, por la vía legal, del goce del derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N°7 letra a) a los extranjeros que se encuentren fuera del territorio nacional o que se encuentren en una situación migratoria irregular (por ejemplo, hayan incurrido en sobreestadía causada por el mero retardo en solicitar la renovación de su permiso de residencia).

Existe, pues, una evidente contradicción entre lo consagrado en nuestra Constitución y lo preceptuado en los incisos 2° y 4° impugnados: la Constitución asegura *a todas las personas* el derecho de *entrar y salir* del territorio nacional, así como también de residir y de moverse libremente.

El proyecto de ley, en cambio, sólo lo garantiza para quienes ya se encuentren en el territorio nacional, además, en una situación migratoria (administrativa) regular. Como veremos en los siguientes párrafos, el legislador no tiene potestad para delimitar el contenido de un derecho fundamental, sino sólo para restringir (razonable y proporcionalmente) su ejercicio, de modo que la propuesta legislativa resulta en una privación del derecho, cuestión que no es admitida por la Constitución.

1.1 Historia legislativa de los preceptos impugnados

Las normas que se impugnan son los incisos 2° y 4° del artículo 3° de este Proyecto de Ley que regulan el derecho a la libertad de circulación, estableciendo limitaciones al derecho que consagra el artículo 19, n°7, letra a) de la Constitución.

La versión inicial del texto legal propuesto por el Ejecutivo se refería exclusivamente al deber general del Estado de promover “los derechos que le asisten a los extranjeros en Chile, así como también los deberes y obligaciones establecidos en la Constitución Política de la República y las leyes”. Los incisos 2° y 4° de este artículo impugnados en este requerimiento fueron introducidos por la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, en segundo trámite constitucional.

De acuerdo con lo que se detalla en el Segundo Informe de esta Comisión, los incisos ya mencionados se introdujeron en el contexto de la discusión de “la indicación número 7, de los Honorables Senadores señoras Allende y Provoste y señores Araya, Letelier y Pizarro, y la indicación número 8, del Honorable Senador señor Latorre” que proponían “agregar después de la expresión “derechos.”, que da nombre al artículo, el siguiente texto: “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y el Estado deberá garantizarlo sobre la base de los principios de igualdad y universalidad, de acuerdo a la legislación.”.

En el contexto de la discusión en torno a cómo debía ser recogido el “derecho a la migración” propuesto en estas indicaciones y si era pertinente incluir este derecho²¹, en sesión de 28 de enero de 2020, el

²¹ En relación al texto propuesto por el Ejecutivo, los participantes en esta sesión plantearon lo siguiente:

“El Honorable Senador señor Letelier declaró ser partidario de aprobar la nueva redacción que precisa el reconocimiento a la libre circulación, pero haciendo alguna mención a que el derecho a migrar que se le reconoce a las personas no restringe el derecho del Estado a limitar a quienes recibe.

El asesor del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, señor Pablo Celedón, precisó que las indicaciones proponen consagrar la migración como un derecho esencial e inalienable, y que tal vez este no es el cuerpo normativo idóneo para establecer un derecho de esta naturaleza, lo que sería una materia propia de la Constitución Política de la República.

Enseguida hizo presente que si se hiciera en el marco de esta ley se presentarían los mismos problemas que tienen ese tipo de normas de declaración general que tienen relación con las reglas de interpretación. Agregó que si se establece un derecho a la migración su contenido va a mutar conforme lo haga la realidad del país, lo que puede abrir puertas a situaciones que ni siquiera precaven los tratados internacionales sobre la materia, que se limitan a la libertad de circulación en los términos planteados en el proyecto.

El Honorable Senador señor Letelier dijo que se trata del derecho de migrar, que no es otra cosa que el que las personas puedan moverse libremente, sin que se hayan hecho otras consideraciones en las indicaciones respectivas, pero insistió en que se trata de establecer un criterio.

La Honorable Senadora señora Ebensperger reiteró ser contraria al establecimiento del derecho a migrar como un derecho inalienable, debido a lo que implica esa definición, pues contemplado en tal carácter no es posible establecer requisitos o condición alguna, ni aun por el Estado, de modo que ello sería incompatible con el presente proyecto de ley, que precisamente busca regular la migración.

abogado asesor del Ministerio del Interior, señor José María Hurtado, propuso introducir los incisos que se impugnan²². Esta propuesta fue aprobada en la misma sesión por la unanimidad de los Senadores presentes, esto es, por la senadora Ebensperger y los senadores Galilea y Letelier.

Posteriormente, según consta en el Informe de la Comisión de Hacienda de Hacienda, el Senador Coloma presentó una indicación (número 3H) para eliminar los “incisos segundo, tercero y cuarto”, la que fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, Senadores señores Coloma, García, Lagos, Montes y Pizarro. De acuerdo con lo que se detalla en este informe, el Senador Coloma presentó la indicación citada, en el marco de un acuerdo alcanzado entre el gobierno y el Servicio Jesuita a Migrantes, el que posteriormente fue consensuado con los senadores de oposición²³.

Luego, indicó que todo país tiene derecho a establecer condiciones para aceptar la migración, y que Chile quiere la migración siempre que se de en condiciones de seguridad, orden y regularidad, con normas claras que resguarden tanto el derecho de los chilenos como también los de aquellas personas que quieran venir a hacer un aporte al país.

En cuanto al derecho de inmigrar, recalcó que está de acuerdo en que no se puede eliminar la libre circulación de las personas, pero resguardando el derecho del Estado a establecer los requisitos y condiciones que debe cumplir quien quiera ingresar al país. Agregó que si se estableciera el derecho a migrar como un principio podría abrirse una puerta a futuras demandas en contra del Estado por no cumplir la normativa, lo que es un antecedente más que demuestra el peligro, desde distintos puntos de vista, de establecer al derecho a migrar en los términos que lo plantea la indicación.

Por último, dijo ser partidaria del principio de la libre circulación que, de acuerdo a la experiencia internacional, es el concepto que se utiliza en los tratados internacionales y en la mayoría de las legislaciones de los países.

El Honorable Senador señor Letelier opinó que toda persona tiene el derecho a migrar y que al mismo tiempo el Estado tiene la obligación de regularlo en base a los principios de la igualdad y universalidad, de acuerdo a la legislación nacional”.

²² La propuesta introducía los incisos 2°, 3° y 4° que se destacan en negrilla en el siguiente texto: “Artículo 3.- Promoción, respeto y garantía de derechos. El Estado deberá proteger y respetar los derechos humanos de las personas extranjeras que se encuentren en Chile, sin importar su condición migratoria, incluidos los afectos a la ley 20.430.

Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio nacional tiene el derecho a circular libremente por él, elegir su residencia en el mismo y a salir del país, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 126 bis de la Constitución.

Corresponde al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. A todo extranjero que solicite el ingreso o un permiso de residencia en el país se asegurará la aplicación de un procedimiento racional y justo para la aprobación o rechazo de su solicitud, el que se efectuará bajo criterios de admisión no discriminatoria.

Una vez que un extranjero se encuentra lícitamente dentro del territorio nacional, su libertad de circulación en el territorio y su derecho a salir del mismo sólo podrán limitarse de conformidad con lo consagrado en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...).”

²³ Así consta en el informe ya citado: “El Subsecretario del Interior, señor Galli, manifestó que han mantenido conversaciones para acercar posiciones, lo que se ha logrado en casi todos los aspectos. Estimó conveniente debatir con los integrantes de la Comisión las materias más complejas para determinar si pueden llegar a un consenso.

Agregó que junto al Servicio Jesuita a Migrantes se discutió cada artículo y se mantienen diferencias sólo en dos.

(...)

El señor Ramaciotti confirmó que han existido conversaciones que han permitido acercarse a un acuerdo amplio, si bien subsisten un par de puntos en discrepancia que no impiden el avance del proyecto de ley. Destacó la importancia de que el proyecto fuera despachado por la Comisión de Hacienda con acuerdos adoptados en los temas consensuados, para facilitar su pronto despacho.

El asesor legislativo del Ministerio, señor Hurtado, informó que las disposiciones de la iniciativa legal que se han debatido en las conversaciones que se han sostenido en busca de acuerdo son las siguientes:

A su vez, según consta en la sesión de 22 de mayo de 2020, el asesor José María Hurtado, explicó que el motivo para eliminar los incisos ya referidos era que “las partes entendimos (...) que las normas que rigen la libre circulación ya están expresadas claramente en los tratados internacionales respectivos y en la Constitución”. A continuación precisa que “nos pareció una forma satisfactoria de resolver algunas diferencias legítimas en torno a este punto porque es una manera que deja tranquila a las partes respecto de que se mantiene la libre circulación a través de la Constitución y los tratados internacionales respectivos”.

No obstante lo ya señalado, posteriormente, al votarse el proyecto en la Sala del Senado en sesión de 9 de septiembre de 2020, la Senadora oficialista, Sra. Luz Ebensperger solicitó la votación separada de este artículo, con objeto de rechazar las modificaciones introducidas en la Comisión de Hacienda.

A su vez, según consta en el registro de esta sesión, el Subsecretario del Interior, Juan Francisco Galli, desconociendo el acuerdo alcanzado en este punto en la Comisión de Hacienda, apoyó la posición de la senadora ya mencionada, señalando que “es relevante que se diga expresamente lo que señalan los incisos 2°, 3° y 4° que fueron eliminados en la Comisión de Hacienda porque en el artículo tercero se reitera la norma de la Constitución en cuanto al derecho a la libre de circulación, pero en el inciso 3° se señala expresamente que es el Estado a quien le corresponde decidir a quién admitir en su territorio (...)”

Como respuesta a esta propuesta de votación separada planteada por la Senadora Ebensperger, el Senador Pizarro, con objeto de defender la decisión de eliminar los incisos que se impugnan en este requerimiento, argumentó que mantener la redacción de estos incisos resultaba contrario al principio de igualdad que la Constitución consagra²⁴.

(...)

Artículo 3. Se relaciona con 12.

(...)

Artículo 12 (ya están en tratados internacionales vigentes y la Constitución)”.

²⁴ Para respaldar esta posición, el Senador Pizarro precisó que “la Constitución no se refiere explícitamente al tema de la migración, pero es evidente que se desprende de su articulado una garantía general de igualdad en el ejercicio de los derechos y eso a partir del propio encabezado del artículo 19 de la Constitución, es decir, se trata de una titularidad genérica, en virtud de la cual es posible concluir, junto con el Tribunal Constitucional que la Carta no sólo no discrimina contra la extranjeros sino que les reconoce titularidad de los derechos plenamente (...) En efecto la condición de extranjeros abarca una serie de categorías sospechosas de discriminación arbitraria (...) El Tribunal Constitucional afirmó que la categoría de extranjero cabe dentro de aquellas categorías sospechosas de discriminación arbitraria, exigiendo una fuerte argumentación en orden a justificar que una diferencia de trato permitiría conseguir fines constitucionalmente legítimos. A nosotros nos parece que es conveniente mantener la redacción que se encuentra en armonía con la idea matriz declarada en el proyecto que es la garantía y protección de derechos fundamentales en igualdad que los nacionales,

Las modificaciones introducidas en la Comisión de Hacienda fueron rechazadas por los/las Señores/as Senadores/as en sala, con 12 votos a favor de la supresión y 27 votos en contra, por lo que se mantuvo la redacción de los incisos que se impugnan en este requerimiento. Posteriormente, el artículo no fue objeto de discusión en Comisión Mixta.

Por último, tanto en la Cámara como en el Senado, se explicitaron reservas de constitucionalidad respecto de estos preceptos, según se detalló en los antecedentes relevantes de la tramitación.

1.2 Vicios de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados

Tal y como lo adelantáramos en el encabezado de este apartado, los incisos 2° y 4° impugnados atentan contra el derecho a la libertad personal, tal y como se consagra en el artículo 19 N°7 letra a) de la Constitución Política de la República; así como al artículo 19 N°2 de la misma. Revisaremos ambas impugnaciones separadamente.

1.2.1 Privación de la libertad personal y ambulatoria (artículo 19 N°7 letra a)

Los incisos 2° y 4° del artículo 3° restringen el alcance de la protección del derecho a circular dentro del territorio y el derecho a salir del mismo, reconociendo como titulares de estos derechos sólo a aquellas personas que se encuentren “legalmente en el territorio nacional”, según se señala en el inciso 3°, y “lícitamente dentro del territorio nacional”, según se especifica en el inciso 4° de este artículo.

De la sola lectura del texto de los incisos impugnados, es evidente que estas normas no se ajustan al texto constitucional del artículo 19, n°7, letra a) de la Constitución Política de la República, norma que garantiza el derecho “a todas las personas”, y no sólo a quienes se encuentren “legalmente” o “lícitamente” en el país, el “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”.

Adicionalmente, las normas impugnadas omiten reconocer el “derecho a residir y permanecer” y “el derecho a entrar” en el territorio, prerrogativas que constituyen elementos esenciales del derecho a la libertad de circulación que la Constitución consagra en el artículo 19, n°7, letra a).

tal como lo expresa la actual Constitución. Esa es la razón por la cual a nosotros nos parece más razonable la propuesta hecha por la Comisión de Hacienda”.

Al respecto, resulta pertinente recordar que el Tribunal Constitucional ha sido claro en establecer que *“(...) 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”*. Además, este tribunal ha precisado 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 perjuicio de terceros”*

En particular, el Excmo. Tribunal Constitucional ha sostenido que *“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 es que, “toda persona tiene derecho de residir y permanecer (...)”*

Consecuentemente, esta Excelentísima Magistratura ha interpretado que nuestra 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”*. Lo anterior 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 manifiesten su voluntad de residir en el país, con mayor razón se ha de aplicar en toda su extensión²⁵ De esta manera concluye que *“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”²⁶*.

También debe considerarse que, a través de la acción de amparo constitucional, los tribunales superiores de justicia han debido conocer y resolver habitualmente casos de denegación de ingreso al país como turistas y de visados solicitados en el exterior *“en la medida que afectan la libertad ambulatoria -garantía contenida en el número 7 letra a) del artículo 19 de la Carta Fundamental-, pues*

²⁵ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 29°.

²⁶ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 38°.

la norma constitucional, al emplear en el encabezado la expresión «toda persona», no distingue entre ciudadanos nacionales y extranjeros»²⁷.

Así, por ejemplo, en sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Rol 29.344/2014), la Corte Suprema, al resolver acoger una acción de amparo como consecuencia de la denegación de ingreso a una persona extranjera, constató la vulneración del derecho constitucional del artículo 19, N°7, letra a), argumentando que la Policía de Investigaciones había excedido las atribuciones que le confiere la ley para ejercer el control migratorio. En este sentido, la Corte Suprema precisó, en el considerando 4° de este fallo: *“Que de la manera expresada, solo resulta posible concluir que el control migratorio efectuado por la Policía de Investigaciones ha excedido sus atribuciones, al negar el ingreso al país a los amparados únicamente sobre la base de lo declarado por la autoridad, en circunstancias que no se ha demostrado que no cumplieran los requisitos generales que prescribe la ley para permitir su libre tránsito por Chile, de manera que no era posible impedirles válidamente su derecho a ingresar al territorio nacional”²⁸.*

En similar sentido, los tribunales superiores de justicia también se han pronunciado acogiendo acciones de amparo por las denegaciones de permisos de turismo y residencia solicitados en el exterior²⁹. Así, en sentencia de 27 de diciembre de 2017 (Rol N° 45.382-2017), la Corte Suprema resolvió acoger una acción de amparo al constatar la vulneración de derecho a la libertad de circulación del afectado como consecuencia de la decisión de rechazo de su solicitud de visa por parte de la autoridad competente, por carecer esta decisión de razonabilidad y debida justificación. En particular, la Corte sostuvo:

²⁷ Revista Colecciones Jurídicas: “Migrantes”. (2019). Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Revista Colecciones Jurídicas: “Migrantes”. Recuperado de <http://decs.pjud.cl/migrantes-nueva-publicacion-sobre-colecciones-juridicas-de-la-corte-suprema/>

²⁸ En similar sentido, los siguientes fallos: Corte Suprema, 04/06/2013, rol 3563/2013, considerandos 2° y 5°; Corte Suprema, 20/11/2014, rol 29344/2014, considerando 4°; Corte Suprema, 23/04/2015, rol 5163/2015, considerandos 3° y 8°; Corte Suprema, 11/11/2015, rol 22824/2015, considerandos 4° y 6°; Corte Suprema, 4/04/2018, rol 5426/2018, considerandos 5° y 6°; Corte Suprema, 16/04/2018, rol 6339/2018, (confirma sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 3/04/2018, rol 410/2018, considerandos 6° y 7°); Corte Suprema, 17/04/2018, rol 6464/2018, considerandos 5° y 6°, y Corte Suprema, 24/04/2018, rol 7404/2018, considerandos 4° y 5°

²⁹ Así por ejemplo, en los siguientes fallos: Corte Suprema, 12/06/2014, rol 11521/2014, Considerando 11° y 12°; Corte Suprema, 7/05/2014, rol 10425/2014, Considerandos 6° y 7°; Corte Suprema, 9/02/2015, rol 1874/2015, Considerando 6°; Corte Suprema, 26/04/2018, rol 7500/2018, considerandos 2° a 4°; Corte Suprema, 26/04/2018, rol 7501/2018, considerandos 2° a 4°; Corte Suprema, 21/09/2017, rol 39.351/2017, considerandos 2° a 4°; Corte Suprema, 31/05/2018, rol 10.858/2018, considerandos 2° a 4°; Corte Suprema, 31/05/2018, rol 10.861/2018, considerandos 2° a 4°, y Corte Suprema, 21/09/2017, rol 39.353/2017, considerandos 2° a 4°.

“2°) Que si bien el artículo 64, inciso final, del D.L. N° 1094 permite rechazar una solicitud de visa a un extranjero “por razones de conveniencia o utilidad nacionales”, el carácter discrecional de esa facultad no lo exime de superar un estándar de razonabilidad en su ejercicio a la luz del derecho que tiene cualquier persona, independiente de su nacionalidad, de ingresar y permanecer en el territorio nacional sujetándose a las reglas y procedimientos legales que existen al efecto.

3°) Que, en ese orden de ideas, la denegación de las visas pretendidas por los amparados aparece del todo injustificada, toda vez que se expresan razones vagas y genéricas que no permiten comprender el motivo concreto por el que se concluye que el ingreso al país de los recurrentes no será de utilidad o conveniencia para la nación”.

De esta manera, de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional, resulta evidente que las normas impugnadas constituyen restricciones que vulneran el derecho a la libertad de circulación del artículo 19, n°7 literal a), al excluir de la titularidad de este derecho a quienes no se encuentren “lícitamente” o “legalmente” en el territorio nacional y al no reconocer las demás dimensiones del derecho a la libertad de circulación que consagra la norma constitucional, esto es, el derecho a entrar y a residir y a permanecer en el territorio “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.

1.2.2 Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2)

Tal como se describió anteriormente, las normas impugnadas excluyen a una categoría de personas extranjeras, esto es, aquellas que no se encuentren “lícitamente” o “ilegalmente” en el territorio y aquellas que no han ingresado al territorio nacional, de la titularidad del derecho a la libertad de circulación. Lo anterior implica desconocer la obligación de los órganos del Estado de respetar este derecho respecto de todas “las personas” y garantizar que cualquier restricción que se adopte se ajuste a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

La redacción de los incisos impugnados incide en la desprotección de aquellas personas en situación migratoria irregular, en proceso de regularización migratoria y aquellas que no han ingresado a Chile, al desconocer que cualquier persona extranjera tiene el derecho, constitucionalmente reconocido, a exigir que la autoridad cumpla con las normas constitucionales y legales al momento de adoptar cualquier medida que restrinja su libertad de circulación.

De esta manera, las normas impugnadas contradicen la interpretación que ha efectuado la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en relación a que el principio de igualdad no autoriza una titularidad diferenciadora de los derechos para los extranjeros, salvo expresa autorización constitucional³⁰.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha detallado que *“[P]ara poder realizar una distinción extranjero-chileno es necesario una fuerte argumentación en que se demuestre una necesidad, justificación y finalidad con un objetivo constitucionalmente legítimo, que habilite a la administración del Estado para poder efectuarla (...) Para poder establecer una prohibición que signifique un impedimento expreso para poder ingresar al país o alguna privación como la aplicación de una regulación tan severa que impida el acceso al derecho mismo, deben tener una habilitación constitucional expresa”*³¹.

La doctrina también ha interpretado que la norma constitucional que regula la libertad de circulación permite establecer este tipo de diferencias, precisando que *“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)”*³²

También se debe considerar que las normas impugnadas excluyen de la titularidad del derecho a la libertad de circulación a aquellas personas extranjeras que se encuentren en situación migratoria irregular o en proceso de regularizar su situación migratoria, sin considerar que, según este mismo tribunal ha observado, este grupo de personas pueden encontrarse en una especial situación de vulnerabilidad y requieren, con mayor razón, ser protegidas de manera efectiva por el Estado, incluyendo a los órganos colegisladores, frente a cualquier acción y omisión discriminatoria que les impida el ejercicio de sus derechos, entre ellos, el derecho a la libertad de circulación.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha expresado una especial preocupación por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra este grupo de personas,, precisando que: *“[L]a situación de*

³⁰ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 30.

³¹ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 30.

³² Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 50.

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. También 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. (...) Algunos miembros de la sociedad sobrepasan los derechos del extranjero “en situación irregular” porque conocen la evidencia de su vulnerabilidad”³³.

Adicionalmente, este Tribunal ha precisado que conforme a los estándares internacionales de derechos humanos reconocidos en los tratados ratificados por Chile, el Estado, al adoptar restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de circulación: “(...) 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;”³⁴

En este sentido, la jurisprudencia constitucional es clara en interpretar que la Constitución no permite establecer diferencias en la titularidad de los derechos constitucionales respecto de personas que no hayan regularizado su situación migratoria. Por el contrario, las normas que se impugnan son contrarias a la Constitución, en tanto establecen una titularidad diferenciadora del derecho a la libertad de circulación que carece de habilitación constitucional, al excluir a las personas migrantes en situación irregular o que deseen ingresar a Chile de la titularidad de este derecho, sin una justificación constitucionalmente legítima, lo que resulta contrario al principio de igualdad y no discriminación.

³³ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 46°.

³⁴ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 50°.

1.2.3 Vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, por la vía de la privación de parte del legislador (artículo 19 N°26)

Toda restricción a la libertad de circulación debe respetar lo que exige el artículo 19, n°26 de la Constitución, dado que, de acuerdo a esta norma: *“los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”*.

Al interpretar esta disposición, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *“[Si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean -las mismas restricciones- proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar”*³⁵.

Precisamente, al referirse a las restricciones del derecho a la libertad de circulación de personas extranjeras, este tribunal ha sido claro en establecer que la dignidad común que consagra el artículo 1° de la Constitución desde su nacimiento a nacionales y extranjeros *“exige una fuerte argumentación contraria que demuestre la necesidad, justificación y finalidad de un objetivo constitucionalmente legítimo que apodere a la Administración del Estado a realizar una diferencia de trato entre ellos”*³⁶.

Esta diferencia de trato *“puede originar dos modalidades muy diversas de restricciones. En un caso se tratará de prohibir el derecho o entorpecerlo 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”*³⁷

³⁵ STC Rol N° 1.061-08, considerando 17.

³⁶ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 30°.

³⁷ Tribunal Constitucional, causa Rol N°2.273-2012 INA, sentencia de 4 de julio de 2013, considerando 30°.

En cuanto a las normas impugnadas, siguiendo el razonamiento de este tribunal, una primera interpretación que se podría plantear es que estas disposiciones impiden el acceso al derecho de toda una categoría de personas, las personas en situación migratoria irregular, en proceso de regularización migratoria y aquellas que no han ingresado a Chile, sin habilitación constitucional expresa, al excluirlas de la titularidad del derecho a la libertad de circulación, lo que resulta, a todas luces, contrario a lo que disponen el artículo 19, n°7, letra a) y n°26 de la Constitución.

A su vez, en caso de que se interprete que las normas impugnadas no impiden el ejercicio del derecho, sino que sólo establecerían limitaciones para su ejercicio, este tipo de restricción, de acuerdo a lo que dispone el artículo 19, N°26, debería respetar, a lo menos, el contenido esencial del derecho a la libertad de circulación y justificarse en base a criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que no se evidencia en el caso de las normas impugnadas.

En este sentido, tal como consta en el registro de la discusión en el Senado de esta normativa, ni el Ejecutivo, al proponer las normas que se impugnan, ni los señores Senadores que optaron por su aprobación, esgrimieron argumento alguno en orden a justificar la exclusión de la titularidad del derecho a la libertad de circulación de las personas en situación migratoria irregular y de la omisión de las demás dimensiones del derecho a la circulación del articulado propuesto.

Por el contrario, según se observa en la tramitación de esta norma, el Senador Pizarro argumentó, para oponerse a la aprobación de las normas impugnadas en la Sala del Senado, que estas disposiciones imponen restricciones que no tienen fines constitucionalmente legítimos, citando para estos efectos, la jurisprudencia ya citada de este Tribunal Constitucional. Adicionalmente, el Senador precisó que las normas impugnadas no se encuentran *“en armonía con la idea matriz declarada en el proyecto que es la garantía y protección de derechos fundamentales en igualdad que los nacionales, tal como lo expresa la actual Constitución. Esa es la razón por la cual a nosotros nos parece más razonable la propuesta hecha por la Comisión de Hacienda”* (por “esta propuesta” se refiere a aquella que eliminaba los incisos impugnados)³⁸

De acuerdo a lo ya señalado, en el caso de los incisos 2° y 4° del artículo 3°, es evidente que el legislador, al aprobar estas disposiciones, estableció restricciones ilegítimas al derecho a la libertad de circulación, al restringir el contenido de este derecho en las normas impugnadas y al excluir a

³⁸ Senado. Sesión de Sala 85° Extraordinaria. 09/09/2020

ciertas personas extranjeras de su titularidad, sin habilitación constitucional y sin una justificación razonable y necesaria que amerite esta restricción, afectando el contenido esencial del derecho a la libertad de circulación respecto de personas extranjeras, incumpliendo de esta manera lo que dispone el artículo 19 N°26 de la Constitución.

1.3 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional los incisos 2° y 4° del artículo 3° del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no puedan convertirse en ley.

2 Artículo 16, incisos 2° y 3°: discriminación arbitraria, infracción de la máxima constitucional de razonabilidad y vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes

El artículo 16 forma parte del Título I, párrafo II: “Derechos y obligaciones de los extranjeros”. En concreto, este artículo regula el goce de un derecho constitucional: el derecho a la seguridad social. Tal y como sucedía en el artículo 3° (y, veremos, ocurre en otra serie de disposiciones de la ley), el artículo 16 comienza con una declaración garantista y acorde con la Constitución. En efecto, el inciso 1° establece (adecuadamente) una regla de igualdad entre chilenos y extranjeros en el acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal. Sin embargo, esta norma es relativizada por el inciso inmediatamente siguiente: el inciso segundo instituye, no sólo una excepción de la norma anterior, sino que una alteración de la regla general constitucional para el goce de los derechos fundamentales (“la Constitución asegura a todas las personas”), específicamente para aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social “no contributivos”. A continuación, copiamos el texto completo del artículo 16, ennegreciendo sólo la parte impugnada (los incisos 2° y 3°).

Artículo 16.- Acceso a la seguridad social y beneficios de cargo fiscal. Para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a éstos, en igualdad de condiciones que los nacionales, siempre y cuando cumplan con

los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias, y con lo dispuesto en el inciso siguiente.

Respecto de aquellas prestaciones y beneficios de seguridad social no contributivos financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas, respecto de los cuales no se establezcan, en forma directa o indirecta, requisitos de acceso que involucren una cierta permanencia mínima en el país, se entenderá que sólo tendrán derecho a ellas aquellos Residentes, ya sea en su calidad de titular o dependientes, que hayan permanecido en Chile, en tal calidad, por un período mínimo de 24 meses.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, por razones humanitarias fundadas o alertas sanitarias decretadas en conformidad con el artículo 36 del Código Sanitario, se podrá omitir el plazo de los 24 meses señalados en el inciso anterior.

El Estado promoverá la negociación de convenios bilaterales o multilaterales con terceros países que garanticen el acceso igualitario a los derechos previsionales de los trabajadores migratorios y sus familias que regresen a sus países de origen y de los chilenos que retornan al país , a través de mecanismos tales como la totalización de periodos de seguros, transferencias de fondos, exportación de pensión u otros, con el objetivo que tales personas puedan gozar de los beneficios de seguridad social generados con su trabajo en el Estado receptor.

Las restricciones establecidas en este artículo no aplican respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren al cuidado de su padre, madre, guardador o persona encargada del cuidado personal del menor de 18 años, los que tendrán acceso a las mismas prestaciones, desde su ingreso al país, en igualdad de condiciones que los nacionales, cualquiera sea la situación migratoria de los adultos de quienes dependan” (en negritas se destacan los incisos impugnados).

En efecto, de acuerdo con el precepto impugnado para acceder a ellos, los extranjeros deberán (i) encontrarse en situación migratoria regular y (ii) haber cumplido dos años de estadía en calidad de residente. El primero de estos requisitos excluirá, en el mejor de los casos, no sólo a los extranjeros que hayan hecho ingreso irregular sino también a quienes hayan incurrido en mera sobreestadía; y, en el peor de los casos, a todos quienes no posean actualmente un título de residencia vigente, aun cuando no hayan incurrido en ilícito migratorio alguno (por ejemplo, a quienes hayan solicitado oportunamente la prórroga o permanencia, pero no hayan obtenido respuesta de la autoridad

migratoria, por falta de capacidad de procesamiento del Servicio, como tan frecuentemente ocurre hoy en día). Adicionalmente, tal y como lo declara el precepto impugnado, la exclusión se transformaría en la regla general: salvo norma expresa en contrario, se entenderá que toda forma de acceso a la seguridad social (toda prestación, todo beneficio, todo subsidio, toda ayuda, todo programa) estará reservada a los extranjeros que cumplan con ambos requisitos: hallarse actualmente en posesión de un permiso de residencia y haber cumplido al menos dos años de estadía en el país tal calidad. En otras palabras, por la vía legal se busca alterar la regla general establecida en el encabezado del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental (que constitucionaliza el criterio de universalidad de acceso a los derechos fundamentales), por una nueva y contradictoria (instituyendo la exclusión como regla general en materia de acceso y goce del derecho fundamental a la seguridad social).

Por su parte, el inciso 3° es accesorio al inc. 2°. En efecto, el inciso 3° contiene una habilitación al ente administrativo de establecer discrecionalmente (“podrá”) contra excepciones a la regla precedente, de modo que, declarada la inconstitucionalidad del inciso 2°, su existencia carece de sentido.

Por último, tal y como lo veremos a continuación, el inciso final contiene una declaración que, en la práctica, no producirá el efecto buscado (el de garantizar el goce del derecho a la seguridad social niños, niñas y adolescentes, con independencia de su situación migratoria), toda vez que la mayor parte de las prestaciones de seguridad social y beneficios fiscales se materializan a través de subsidios o ayudas que la familia recibe *a través de sus padres*. En nuestro sistema de seguridad social, la regla general es que los menores de edad no pueden solicitar, ellos mismos, prestaciones de esta naturaleza. De este modo y a pesar de lo contemplado en el inciso final, serán los incisos 2° y 3° los que determinarán (la exclusión en) el acceso de niños, niñas y adolescentes a la mayor parte de las prestaciones sociales.

En los siguientes párrafos trataremos, primeramente, los posibles efectos materiales de la aplicación de la norma en el sistema de seguridad social actual y, luego

2.1 Efectos materiales previsibles de los preceptos impugnados en el acceso a la seguridad social y naturaleza del criterio de distinción utilizado

De acuerdo con el informe remitido por la Dirección de Presupuestos a la Cámara de Diputados en enero de 2019 (en el marco de tramitación del Proyecto de Ley en cuestión), serían sólo dieciséis los

programas sociales a los que, en la práctica, podrían acceder las personas extranjeras a quienes se aplique este artículo, entre ellos, el Aporte Familiar Permanente (ex Bono Marzo), la Asignación Familiar y Maternal, o el Subsidio al Empleo Joven, todos del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

La norma en comento presenta problemas de constitucionalidad en la medida que supone una afectación al derecho de que gozan todas las personas que habitan en Chile, incluidos los extranjeros, de la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N°2 de nuestra Carta Fundamental.

Tal como ha dicho el Tribunal Constitucional en uno de sus fallos fundantes en relación con esta garantía constitucional, “la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes” (STC 53, c. 72°). Siguiendo este criterio, el problema de desigualdad que genera el inciso segundo del artículo 17 del Proyecto no se da entre extranjeros y chilenos, sino entre los propios extranjeros que residen en Chile, al establecer como hito diferenciador, para efectos de acceder a beneficios sociales, la cantidad de tiempo que hayan permanecido en el territorio nacional. En efecto, el hito diferenciador que separa a aquel grupo de extranjeros que pueden acceder a estos beneficios de aquellos que no pueden hacerlo, es la verificación del cumplimiento de los veinticuatro meses de permanencia en Chile.

Se excluye de esta discusión a quienes no tienen la condición de residentes, ni siquiera temporales, esto es, a los que, conforme a los parámetros conceptuales del propio Proyecto de Ley, no tienen más que un permiso de permanencia transitoria, tales como turistas o tripulantes, de acuerdo a lo regulado en los artículos 48, 49 y 54 del Proyecto.

Es importante subrayar a este respecto que la diferencia real entre el residente temporal que no ha cumplido veinticuatro meses de permanencia en el país y el residente temporal que sí ha cumplido con dicho plazo de permanencia en Chile se produce únicamente en razón del paso del tiempo. Debe considerarse que existen otros factores diferenciadores entre ambas categorías de extranjeros en análisis, tales como que el primero no posee la intención de permanecer (*animus manendi*) por un plazo más largo en Chile, mientras que el segundo sí la posee, resulta temerario e injusto, porque implica atribuir intenciones o elementos subjetivos a las personas que es imposible conocer. En efecto, ¿puede decirse que solo la persona que ya cumplió veinticuatro meses de permanencia en Chile tiene un ánimo de quedarse por un plazo más extenso en el país? ¿Por qué no podría decirse lo mismo del que habita en el país hace seis, doce o dieciocho meses?

Si bien es cierto que el ánimo de permanencia es un elemento subjetivo que es difícil de conocer y que incluso puede cambiar a lo largo del tiempo (por ejemplo, en el caso de una persona que viaja a Chile para establecerse y solicita con ese objeto un permiso de permanencia temporal, pero al cabo de un tiempo decide mudarse a otro país), se reconoce la necesidad de que este ánimo se manifieste de alguna manera para efectos de otorgar ciertos beneficios sociales. En efecto, no se desconoce el espíritu de la norma que ha sido propuesta en el Proyecto de Ley, según el cual es necesario acreditar ciertos elementos de arraigo en el extranjero que solicita un beneficio social financiado por el Estado para que éste le sea otorgado, puesto que de lo contrario el Estado estaría obligado a entregar esta clase de prestaciones a personas extranjeras que vienen de paso o que solo viajen a Chile con el propósito de cobrarlas. No obstante, se considera arbitrario que el hito que marque la diferencia entre quienes pueden acceder a estos beneficios y quienes no, sea una cantidad de tiempo fijada a discreción, que no responde a un criterio de razonabilidad y que, además, producirá con toda seguridad situaciones injustas.

En cambio, parece más adecuado que el parteaguas que permita diferenciar al extranjero que desea quedarse en Chile del que no, no sea la simple verificación del transcurso de una cantidad determinada de tiempo, sino el momento en el que el extranjero manifiesta externamente su *animus manendi*, esto es, cuando pide a la autoridad migratoria un permiso de residencia temporal, vale decir, un permiso para residir en Chile, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del Proyecto de Ley.

Mantener el criterio propuesto por el artículo 16 inciso segundo del Proyecto implicaría ignorar que las personas que habitan en Chile con un permiso de residencia temporal pero que no han cumplido aún veinticuatro meses desde su llegada contribuyen al país de la misma manera que lo hacen aquellos que ya han alcanzado dicho plazo de permanencia, desde el momento en que se incorporan al mundo del trabajo y colaboran con la creación de valor en productos y servicios, mediante el pago de los impuestos a la renta y al valor agregado y a través de la crianza de los hijos, por mencionar solo algunas de las formas en que los extranjeros enriquecen al país.

2.2 Vicios de inconstitucionalidad del precepto impugnado

Como dijéramos al comienzo de este apartado, dirigiremos las impugnaciones al inciso 2° del artículo 16, toda vez que es este el que contiene el enunciado normativo principal, mientras que la norma contemplada en el inciso 3° se considera accesorio y complementario, al punto que sin el anterior, carece de sentido.

2.2.1 Sobre la legitimidad constitucional del empleo de la nacionalidad como criterio diferenciador y su entidad como categoría sospechosa

En general se reconoce la posibilidad de establecer ciertas diferencias entre nacionales y migrantes en los sistemas jurídicos, siempre y cuando dichas diferencias respondan a criterios de razonabilidad en atención a elementos objetivos, proporcionales, y en base a fines u objetivos sociales especialmente relevantes.

En el derecho comparado, el tipo de escrutinio al que debe someterse el legislador al momento de definir le modo de limitar el goce de derechos fundamentales por parte de una comunidad insular o una categoría de personas dentro de una comunidad, es especialmente estricto. En efecto, para el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, la doctrina constitucional de la Corte Suprema exigen que siempre que nos encontremos frente a una clasificación de personas que sea sospechosa en términos constitucionales (*suspect classification*), el gobierno o el congreso deben poder demostrar que el tipo de objetivo o fin buscado por la medida es lo suficientemente relevante (*compelling interest*) y demostrar que no existen otros medios satisfactorios para obtener dichos objetivos de manera menos gravosa (tanto en el diseño como en el contenido de la regla)³⁹.

Particularmente en el caso de extranjeros y respecto de los cuales una ley (del estado de Arizona) impuso restricciones en el goce de derechos de seguridad social para los residentes extranjeros que no hubieran residido al menos 15 años en ese estado, la Corte Suprema sometió al legislador al estándar de justificación más riguroso declarando que el objetivo de limitar el gasto fiscal por medio de una política de restricción de los derechos de seguridad social no es una razón suficientemente poderosa (*compelling*) para justificar una limitación en base a una discriminación contra extranjeros⁴⁰.

La pregunta es si acaso la regla logra identificar estos elementos de modo que la restricción del goce de un derecho fundamental en base a una discriminación en contra de un grupo de personas sea aceptable en términos constitucionales. Además, aquellas diferencias que son especialmente lesivas, por ejemplo, con grupos vulnerables o desventajados, como serían los migrantes que tendrían acceso a la seguridad social, deben ser sometidas a un examen aún más riguroso. Por eso, para justificar las diferencias y restricciones a las que alude el inciso segundo del artículo 16, el Estado debe ser capa

³⁹ Chemerisnky, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. 3rd ed. Aspen Publisher. 2006.

⁴⁰ *Graham v Richardson*, 403 U.S. 365, 367 (1971)

de evidenciar la razonabilidad de la medida porque cualquier distinción legal que restrinja o condicione el goce de derechos fundamentales a migrantes debe ser, “razonable, objetiva, proporcional, y no lesione los derechos humanos”⁴¹.

El examen de razonabilidad y proporcionalidad de la medida supone resolver si los “medios empleados para satisfacer una finalidad legislativa son proporcionales a la restricción de derechos que genera”⁴². Esto requiere (i) la evaluación de medios-fines identificando un interés social superior, (ii) la ausencia de medidas alternativas menos gravosas y (iii) que los efectos de la discriminación no sean desproporcionados. El Estado debe, por tanto, ser capaz de demostrar un interés social superior respecto al cual la medida discriminatoria debe ser proporcional⁴³.

Así ha señalado este Excmo. Tribunal, especialmente en relación con las distinciones o tratos diferenciados entre nacionales y extranjeros que poseen una dignidad común lo que “*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*”⁴⁴

Conforme lo señalado, dos preguntas parecen especialmente atinentes para efectuar este examen: (i) cuáles serían los intereses y objetivos que el legislador busca alcanzar al limitar el goce de estos derechos al cumplimiento de un periodo de estadía de dos años y (ii) son dichos objetivos e intereses de tal entidad que justifican la restricción discriminatoria conforme con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

Respecto de (i), no es posible advertir de la sola lectura del proyecto de ley cuáles son los objetivos que esa medida busca conseguir, pero, en cualquier caso, corresponde al Estado y no a los ciudadanos, identificar con claridad y de manera explícita cuáles son esos intereses y objetivos de interés general que hacen indispensable la medida restrictiva de derechos. Dicho de otro modo,

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, citado por Matías Rodríguez.

⁴² Ídem.

⁴³ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol 388, Considerandos 18 y 19.

⁴⁴ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N°2273-12-INA, Considerando 30.

cuando estamos en presencia de limitación de derechos fundamentales, la carga de la prueba siempre la tiene el Estado.

Respecto de (ii) vemos como es especialmente serio el potencial riesgo que podrían sufrir los migrantes que no han cumplido con el periodo de 24 meses precisamente porque la privación de estos derechos de seguridad social, podrían generar un impacto significativo en sus derechos y dignidad volviéndolos aún más vulnerables. Además, al no haber claridad sobre (i), no existe la posibilidad de advertir el carácter indispensable de la restricción, por ejemplo, de si acaso hay medios menos gravosos que restringir el goce de derechos para obtener el mismo resultado, ni el modo en particular cómo fue diseñada la restricción, esto es, de si los 24 meses son la mejor alternativa asumiendo que no existen medios menos gravosos para el fin social superior.⁴⁵

Refiriéndose a la facultad de cada Estado para someter el tratamiento de los migrantes al derecho interno, el Tribunal agrega que solo podrá hacerlo en la medida que satisfaga las obligaciones que se derivan del derecho internacional, lo que, en cualquier caso, “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”⁴⁶.

En definitiva, vemos como la regla contenida en el inciso segundo del artículo 16 del proyecto de ley no satisface el estándar requerido por la propia Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos y por la misma jurisprudencia de este Tribunal, en el sentido de que *“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”*⁴⁷

2.2.2 Arbitrariedad de la distinción en base a nacionalidad en el artículo 16 inc. 2° (vulneración del artículo 19 N°2 de la Constitución)

Lo dispuesto en los incisos 2° y 3° del artículo 16 es claramente una medida discriminatoria y arbitraria en tanto establece como condición a los extranjeros estar en posesión de un permiso de residencia al

⁴⁵ Al respecto, Matías Rodríguez Burr, Minuta Reunión parlamentarios 9.5.20 Proyecto Ley Extranjería.

⁴⁶ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N°2273-12-INA, considerando 11.

⁴⁷ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N°2273-12-INA considerando 33.

menos por 24 meses para acceder a beneficios estatales. Dicha medida, es contraria a la igualdad ante la ley, pues establece un trato diferenciado en base a la nacionalidad. Además el requisito de residencia por 24 meses para la obtención de beneficios estatales, ya que el mismo tiene como fundamento el mero capricho del legislador.

En primer lugar, es preciso señalar que el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación, han sido definidos en los siguientes términos:

“El principio de igualdad ante la ley se complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o del legislador, entendiendo por esta aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una “diferenciación injusta”. Es decir, el derecho reconoce que hay o puede hacer diferencias ética y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas⁴⁸”.

En este entendido, es por tanto una condición para el aseguramiento de la igualdad ante la ley, la proscripción de todas aquellas situaciones diferenciadoras que carezcan de razonabilidad, por lo cual es preciso señalar que el legislador debe, al momento de implementar medidas evitar toda arbitrariedad, debiendo ser especialmente cuidadoso en aquellos casos en que las diferenciaciones estén basadas en motivos tales como la nacionalidad, raza, sexo u otras categorías que se consideran “sospechosas”, cabe señalar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado respecto a diferenciaciones arbitrarias lo siguiente:

“el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en

⁴⁸ Gómez Gastón y Figueroa, Rodolfo. Discriminación en contra de la mujer. Informes de investigaciones jurídicas N°8, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, octubre 2000.

condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas⁴⁹

En razón de lo anteriormente señalado es evidente que la exclusión de los extranjeros que tengan una residencia menor a 24 meses en la obtención de beneficios sociales, no es más que una medida discriminatoria, en tanto la misma no está sustentada bajo un fin legítimo y carece de toda razonabilidad. Adicionalmente, exigencia como la dispuesta en los incisos 2° y 3° es contraria a la Constitución, pues tal como lo ha declarado este Excmo. Tribunal no son admisibles aquellas medidas que limiten la participación en igualdad de oportunidades:

“DECIMOTERCERO: Que, en este contexto, debe recordarse que, recientemente, nuestro Tribunal ha afirmado que “el pleno respeto a la igualdad y no discriminación arbitraria tiene como fundamento el reconocimiento constitucional a todas las personas de su condición de libertad e igualdad en dignidad y derechos, así como el deber del Estado de asegurar a aquéllas la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional, ambos consagrados en el artículo 1° de las 15 Bases de la Institucionalidad.” (STC Rol N° 2935, c. 25°). Por su parte, ha sostenido que: “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.” (STC roles nos. 1133, c. 15°, y 1217, c. 3°). De lo anterior fluye que el primer criterio para determinar si existe

⁴⁹ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°18: No discriminación, 11 de septiembre de 1989.

desigualdad ante la ley consiste en verificar si existe una diferencia de trato entre personas que, objetivamente, se encuentren en la misma situación o circunstancias⁵⁰

Adicionalmente, dicha medida no solo es discriminatoria, en virtud que realiza una distinción basada en la nacionalidad, sino que la misma se sustenta en una exigencia que carece de toda razonabilidad, es decir se trata de una medida absolutamente arbitraria, esto en consideración a que el establecimiento de una pre condición, como lo son 24 meses de residencia, para acceder a beneficios sociales no obedece a ningún argumento, sino que más bien se puede interpretar como un capricho del legislador, pues de acuerdo a la doctrina “(...)un acto arbitrario, implica, entre otras manifestaciones, un acto contrario a la razón, esto es, un acto irracional e irrazonable”⁵¹, siendo además un acto que no tiene la finalidad la protección de otros derechos fundamentales.

A mayor abundamiento, de acuerdo con lo planteado por la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su informe de análisis de las normas del Proyecto de Ley “[E]stas distinciones no se ajustan a los estándares internacionales de derechos humanos que, en materia de derechos económicos, sociales y culturales y personas migrantes, establecen obligaciones de trato igualitario y prohíben discriminaciones asociadas a la nacionalidad. La Convención para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en el artículo 7 establece que “los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, el artículo 27.1 de la citada Convención señala que “los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado”. Y, en el artículo 43 se indica que “1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: d) El acceso a la vivienda, con

⁵⁰ STC 1133.

⁵¹ Huepe, Felipe. Discrecionalidad administrativa y razonabilidad. Thompson Reuters. Santiago, 2018.

inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”.

En relación con estos preceptos el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en la Observación general N°2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares señaló: “cuando un Estado parte promulga leyes que prevén el derecho a recibir una prestación social, esté supeditada o no al pago previo de contribuciones, si el trabajador migratorio en cuestión cumple los requisitos previstos en esa legislación, el Estado no puede excluirlo arbitrariamente de esa prestación, ni limitar su acceso a ella, puesto que la prohibición de la discriminación se aplica al derecho a la seguridad social”⁵²

Finalmente, cabe señalar que esta norma es totalmente excluyente en su aplicación a aquellos migrantes que se encuentren en situación migratoria irregular, lo que también constituye al mismo tiempo una medida discriminatoria, pues la misma distingue injustificadamente entre migrantes regulares e irregulares, acto que tampoco tiene la finalidad de proteger otros derechos fundamentales, más aún, este acto discriminatorio afecta otros derechos, tal como se verá a continuación.

En este sentido, expertos del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en el “Conversatorio: Estándares de Derechos Humanos y Migración”, dirigido a Senadores y Senadoras durante la tramitación del Proyecto de Ley, sugirieron que “sería conveniente que el contenido del PL (art. 18) que indica el derecho de acceso a la vivienda a “extranjeros titulares de residencia definitiva”, sea analizado a la luz del principio de proporcionalidad, para determinar la conveniencia de inclusión únicamente de la categoría de extranjero residente” posición que comparte y refuerza esta Oficina.

2.2.3 Afectación a los derechos de la infancia

Además de tratarse de una medida discriminatoria, lo dispuesto en los incisos 2° y 3° del artículo 16, afecta los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes y chilenos, en tanto el acceso a beneficios sociales estaría limitado al plazo de residencia de 24 meses, lo que contrastado con la situación actual es un retroceso. En el marco normativo existente en la actualidad, para ser beneficiario o beneficiaria de la asistencia que confiere el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en el marco de

⁵² ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina Regional, Chile. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Boletín N° 8970-06. Tercer Trámite Constitucional. Comisión Mixta. P. 2-3

sus políticas de protección social, es condición *sine qua non* la inscripción en el Registro Social de Hogares (RSH), lo que es de vital importancia para los núcleos familiares integrados por personas migrantes – incluidos, por supuesto, los que cuenten con niños, niñas o adolescentes –, que no ostenten una cédula de identidad vigente.

El problema radica en que para proceder a darse de alta en dicha base de datos es necesario que la Jefatura de hogar sea titular de una cédula nacional de identidad vigente. Pensemos pues en un niño, niña o adolescente que, incluso teniendo la nacionalidad chilena, depende de la regularidad migratoria de sus progenitores – o adultos referentes que ostenten su cuidado personal –; así, si éstos se encuentran en situación migratoria irregular, no contando con un Rol Único Nacional – Run –, es materialmente imposible incorporarse en el citado Registro y con ello tener la opción de postular a las ayudas ofertadas.

Dicha situación constituye una clara vulneración del artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que dispone que los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social. Ese mismo precepto, además, en su inciso segundo nos recuerda que “las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño”; todo ello, por supuesto, sin tomar en consideración la condición migratoria del niño, niña o adolescente o la de sus progenitores o personas responsables.

De esta manera, los incisos 2º y 3º el artículo 16, incluso hacen más grave la cuestión relativa a la exclusión de las familias migrantes, ya no solo de aquellas que se encuentren en situación de irregularidad administrativa, sino también de las regulares con un período de permanencia inferior a los 24 meses en territorio chileno⁵³.

⁵³ En este sentido, ARELLANO ORTIZ, Pablo, “Prestaciones no contributivas de los trabajadores migrantes: un desafío pendiente en Latinoamérica”, *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N°2, 2014, pp. 480-481, considera que este tipo de políticas de exclusión de determinados colectivos de personas de prestaciones sociales es contraproducente para toda la población de un Estado, tanto la nacional como la extranjera.

En este sentido, condicionar el acceso a las prestaciones y beneficios de seguridad social financiados en su totalidad con recursos fiscales, que impliquen transferencias monetarias directas⁵⁴, a las personas que tengan resuelta su condición migratoria, es decir, que sean residentes regulares, ya sea en calidad de titular o dependiente, y que además hayan permanecido en Chile, de manera continua, por un periodo mínimo de 24 meses, tal y como prevé el artículo 16, supone una clara forma de discriminación que no tiene justificación alguna, más si se considera que el acceso a este tipo de prestaciones sociales se vincula con la verificación de una necesidad o situación de vulnerabilidad. Dejar fuera de la red de protección social que debe brindar el Estado a personas o familias por su mera condición migratoria es contrario a los estándares internacionales suscritos por Chile⁵⁵.

Para el caso de personas migrantes que se encuentren en la situación fáctica descrita en el párrafo anterior con hijos y/o hijas menores de edad a cargo, la situación se complica aún más, puesto que quedar excluidas por su condición migratoria de las prestaciones sociales redundaría en una grave vulneración de los derechos reconocidos a esos niños, niñas y adolescentes. En declaración conjunta efectuada por el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en el año 2017, se pone de manifiesto la preocupación de ambos órganos de expertos de las Naciones Unidas por los efectos, directos e indirectos, que pueden tener sobre la vida, supervivencia y desarrollo integral de esos niños y niñas, las políticas o prácticas de los Estados tendientes a denegar o restringir derechos básicos, como los derechos laborales y otros derechos sociales, a los migrantes adultos debido a su nacionalidad o estatus residencial⁵⁶.

El inciso final del propio artículo 16 al estipular con respecto a las personas menores de edad que “las restricciones establecidas en este artículo no aplican respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren al cuidado de su padre, madre, guardador o persona encargada del cuidado personal

⁵⁴ Nos referimos a transferencias monetarias directas no contributivas que otorga el Estado a grupos familiares en situación de especial vulnerabilidad (por ejemplo, asignación familiar y subsidio único familiar) y en situaciones extremas (como sería el ingreso familiar de emergencia).

⁵⁵ Tal y como destaca el CENTRO NACIONAL DE ESTUDIOS MIGRATORIOS DE LA UNIVERSIDAD DE TALCA, Derechos e inclusión social de inmigrantes Latinoamericanos y del Caribe en Chile, Talca, Universidad de Talca, 2020, p. 5, la inclusión social es un concepto que implica tener acceso a mínimos de bienestar y de protección por parte de la población aludiendo a la titularidad efectiva de ciudadanía política, civil y social.

⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación general n°22, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, de 16 de noviembre de 2017, Documento CRC/C/GC/22, párr. 44.

del menor de 18 años, los que tendrán acceso a las mismas prestaciones, desde su ingreso al país, en igualdad de condiciones que los nacionales, cualquiera sea la condición migratoria de los adultos de quienes dependan”, pareciera dejar sin contenido las críticas esgrimidas *ut supra*, ahora bien, bajo nuestra perspectiva nada más lejos de la realidad.

Efectivamente, si partimos de la base que no se reconoce legitimación activa para postular a dichas prestaciones a niños, niñas y adolescentes, sino que deben hacerlo en su lugar sus representantes legales, si éstos se encuentran en una situación de irregularidad administrativa, al no contar con cédula de identidad se encontrarán en la misma tesitura que describíamos con anterioridad de no poder acceder a la inscripción en el Registro Social de Hogares (RSH), y en consecuencia fuera de la postulación a las ayudas sociales.

2.3 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional los incisos 2° y 3° del artículo 16 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no puedan convertirse en ley.

3 Artículo 18, respecto de la palabra “propia” en sus dos apariciones: vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 19 N°2) y del compromiso del Estado de Chile con el respeto por los derechos esenciales consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes (art. 5° inciso 2°, ambos de la Constitución)

El artículo 18 del Proyecto de Ley contempla, dentro del Título I, Párrafo II, el derecho de acceso a la vivienda *propia* de los extranjeros *titulares de residencia definitiva*. Este artículo contiene una doble restricción al acceso a un derecho que, sin perjuicio de no estar consagrado directamente en la Constitución, sí lo está indirectamente (a través del artículo 5°) y legalmente. Argumentaremos a continuación que la distinción resulta arbitraria, vulnerando así la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Copiamos a continuación el inciso único del artículo 18, resaltando en negritas la parte impugnada:

“Artículo 18.- Derecho de acceso a la vivienda **propia**. Los extranjeros titulares de residencia definitiva gozarán de los mismos derechos en materia de vivienda **propia** que los nacionales, cumpliendo los demás requisitos legales.”

En efecto, la expresión “propia” de la norma impugnada establece una restricción injustificada al goce de los derechos que se otorgan en materia de vivienda a los extranjeros titulares de residencia definitiva, limitándolos solo a los derechos derivados la propiedad de la vivienda generando con ello una diferencia no razonable ni justificada en el trato en relación con los nacionales, quienes sí gozan de protección frente a otras formas de tenencia de la vivienda no limitados a la propiedad de esta, situación que, a todas luces, vulnera el artículo 19 No. 2° de la Carta Política, por tratarse de una discriminación arbitraria.

3.1 Vicio de inconstitucionalidad: vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2)

En relación con este asunto, es preciso considerar que, como se ha indicado en apartados previos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara en señalar que el establecimiento de un trato diferente por el legislador no constituye *per se* una infracción a la norma constitucional, pues ello sólo ocurre en el evento en que dicho trato diferente constituya una discriminación arbitraria. Al tenor literal de lo señalado por el Tribunal se tiene que *“la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Es decir, la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias”* (STC Rol 53 de 2008, c. 72°). En consonancia, en relación con el concepto de discriminación arbitraria, la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común”* (STC Rol 811 de 2007, c. 20°).

Desde esta perspectiva, como lo señala Carlos Peña, *“el de igualdad es un concepto relacional, puesto que, para hablar de igualdad obviamente se requieren al menos dos términos entre los cuales la*

*relación de la igualdad resulte trazada*⁵⁷, por lo que “*cualquiera invocación relativa a la infracción al principio de igualdad importa el ejercicio formal de un juicio de igualdad referencial. El primer elemento a identificar es la concurrencia de un parámetro en términos de comparación*” (STC Rol 2027 de 2014, c. 7°). Para el caso concreto de la norma impugnada, dicho parámetro de comparación está dado por la protección de nacionales frente a la vivienda que no es propia en relación con la protección de extranjeros titulares de residencia frente al mismo elemento. Ello por cuanto el artículo 18 únicamente dispone la protección al goce de los mismos derechos en materia de vivienda propia para nacionales y extranjeros residentes lo que, *contrario sensu*, significa que respecto de los otros derechos asociados a la vivienda no se goza de igual protección y, por tanto, se establece un trato diferenciado sin justificación.

Sobre el particular es menester considerar que, de acuerdo con la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la protección respecto de la vivienda es amplia y no se reduce a la titularidad del dominio sobre esta. De hecho, como lo indica el Comité, la tenencia de la vivienda “*adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. **Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas***” (énfasis agregado)⁵⁸. Cabe tener en cuenta que esta observación resulta relevante para Chile y su ordenamiento jurídico, en tanto fija el contenido de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En razón de ello”, la diferencia que se hace respecto de los nacionales y los extranjeros residentes en la protección del derecho a la vivienda cuando no es propia no solo es arbitraria, sino que además desconoce el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política que señala el “*deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”, dentro de los cuales se cuenta el PIDESC.

⁵⁷ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “*El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los Derechos Humanos*”, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, VVAA, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie publicaciones especiales, Escuela de Derechos Universidad Diego Portales, septiembre, 1996.

⁵⁸ Comité DESC, Observación General N°4: El derecho a una vivienda adecuada, 1991.

Adicionalmente, cabe considerar que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos informó que “las normas del Proyecto de Ley ya mencionadas representan un retroceso en las garantías de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas migrantes, en tanto que la regulación actual establece un tratamiento igualitario con los nacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 No. 3 y No. 18 de la Constitución Política.

Desde esta perspectiva, estas normas además suponen un desconocimiento de las obligaciones del Estado en materia de garantía progresiva y no regresividad en los derechos económicos, sociales y culturales, tal y como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, conviene recordar que el artículo 2.1 del PIDESC, establece que: “(...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (énfasis agregado). A su turno, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”⁵⁹

Adicionalmente, debe señalarse que el trato diferenciado que establece la norma respecto de la protección de otras formas de tenencia del derecho a la vivienda diferentes a la propiedad supone un retroceso frente al estado actual de cosas que sí lo garantiza sin distinción arbitraria entre nacionales y residentes extranjeros y, por tanto, implica una transgresión al principio de no regresividad en el goce de derechos, establecido ampliamente en la doctrina jurídica. Sobre el particular, el ya citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) suscrito y ratificado por Chile

⁵⁹ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina Regional, Chile. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Boletín N° 8970-06. Tercer Trámite Constitucional. Comisión Mixta. P. 4

establece como mandato para los Estados la realización progresiva de los derechos consagrados en este, tales como el derecho a la vivienda.

En un sentido similar, la norma impugnada y el tratamiento diferenciado que introduce desconoce las disposiciones de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, también ratificada por Chile. El artículo 7 de esta Convención señala:

“Los trabajadores migratorios gozarán **de igualdad de trato respecto de los nacionales** del Estado de empleo en relación con:

(...)

d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; (énfasis agregado).

A propósito de esta obligación de trato igualitario de los trabajadores migratorios en relación con la vivienda y de la situación de los migrantes en Chile al respecto, la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto señaló:

“Las obligaciones internacionales relativas a los migrantes son vinculantes para Chile, como parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. De hecho, el artículo 7 de la Convención garantiza explícitamente el derecho a la no discriminación por cualquier motivo, mientras que el artículo 43, párrafo 1 d), garantiza la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con, entre otras cosas, “[e]l acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres”. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los derechos reconocidos en el Pacto, como **el derecho a una vivienda adecuada, son aplicables “a todos, incluidos los no nacionales**, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las

víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean”⁶⁰(énfasis agregado).

Por otra parte, la inconstitucionalidad de la norma impugnada por el carácter arbitrario de la distinción que establece también se confirma si se analizan sus efectos a la luz de principios de ética elemental y de consideraciones sobre el bien común. Piénsese, por ejemplo, que la aplicación de esta norma supone entonces que los extranjeros residentes no tendrían igual protección de derechos frente a los alquileres o contratos de arrendamiento que legalmente celebren. Esto significa, en términos más exactos, que aproximadamente el 85%⁶¹ de los extranjeros residentes en el país queden sin protección del ordenamiento jurídico, a merced de posibles abusos en sus arrendamientos, y excluidos de la oferta estatal disponible para el acceso a vivienda. Esta consecuencia pone de relieve la arbitrariedad del trato diferencial establecido en la norma impugnada y, por tanto, la necesidad de que esta norma sea declarada inconstitucional.

3.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional ambas apariciones de la expresión “propia” en el artículo 18 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no puedan convertirse en ley.

⁶⁰ Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto relativo a su misión a Chile. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018A/HRC/37/53/Add.1

⁶¹ De acuerdo con el Informe “Acceso a la Vivienda y Condiciones de Habitabilidad de la Población Migrante en Chile” el porcentaje de personas migrantes que residen en vivienda propia asciende sólo al 15%. Servicio Jesuita a Migrantes, Fundación Techo-Chile, el Departamento de Sociología de la Universidad de Chile y Centro de Ética y Reflexión Social Fernando Vives SJ-UAH, “Acceso a la Vivienda y Condiciones de Habitabilidad de la Población Migrante en Chile”, Informe No. 3 de febrero de 2020.

4 Artículo 27, inciso 2º, expresiones “por motivos calificados de interés nacional,” y “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”: discriminación arbitraria y vulneración de la reserva legal estricta en materia de libertad personal

El artículo 27 conserva una valiosísima regla general que se encuentra actualmente presente en la legislación de extranjería (D.L. 1.094 DE 1975): para hacer ingreso al país en calidad de turista (en el proyecto de ley, bajo la categoría de permanencia transitoria) no es necesario obtener previamente un visto consular. Con todo, otros artículos del Proyecto de Ley se preocuparon de revertir lo que se consideraban efectos perniciosos de esta norma, por ejemplo, prohibiendo el cambio de categoría migratoria (cuestión que estos requirentes no impugnan, por considerar que no se trata de una discusión propia de esta sede). A pesar de ello, el Proyecto de Ley contiene una habilitación indebidamente amplia al ente administrativo para que establezca distinciones por motivos de interés nacional (con tanta amplitud como el término permite) y por bajo cumplimiento de normas migratorias por parte de los nacionales de un país (cuestión de difícil apreciación y que, en todo caso, habilita a la administración a restringir el derecho a la libertad personal de una persona en base a las acciones de otras). Transcribimos a continuación el artículo completo, destacando en negritas las frases impugnadas:

“Artículo 27.- Autorización previa o visa. No requerirá autorización previa o visa para el ingreso y estadía en Chile quien lo haga en calidad de titular de un permiso de permanencia transitoria.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso precedente, **por motivos calificados de interés nacional, de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular**, o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá exigir respecto de los nacionales de determinados países una autorización previa o visa otorgada por un consulado chileno en el exterior. El listado de países cuyos ciudadanos estarán sometidos a esta exigencia será fijada mediante decreto supremo firmado por los ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, previo informe del Servicio, del Consejo de Política Migratoria y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores.

Las razones de interés nacional indicadas en el inciso anterior en ningún caso autorizarán a establecer la visa consular a que hace referencia dicho inciso, de forma arbitraria o discriminatoria respecto de los nacionales de un país en particular.

En los casos previstos en el inciso anterior, las autoridades chilenas en el exterior o quienes las representen, podrán extender hasta por diez años la vigencia de la autorización previa o visa. Dicha autorización deberá señalar expresamente su vigencia y el número de ingresos al país a que da derecho durante dicho periodo. De omitirse la referencia al número de ingresos, se entenderá que la autorización los admite de manera ilimitada.

Con todo, el tiempo de estadía en el país no podrá exceder del plazo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 48. Dicho plazo se contará desde la fecha del último ingreso al país.”

Sin perjuicio de ser enunciados normativos distintos (en la medida en que establecen dos causales diversas de restricción de la libertad personal) y, por ello, preceptos independientes uno de otro, abordaremos su historia legislativa y vicios de constitucionalidad de manera conjunta, por adolecer de los mismos. Por supuesto, esto no impide el que Su Señoría Excelentísima pueda, sin embargo, resultar persuadida de declarar la inconstitucionalidad de ambas, de sólo una o de ninguna de las frases impugnadas.

4.1 Historia legislativa de los preceptos impugnados

La redacción original de esta norma, de acuerdo con el texto del Proyecto de Ley presentado en 2013, contemplaba la siguiente redacción para el inciso segundo del Artículo 21 “Sin perjuicio de lo establecido en el inciso precedente, por razones de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá exigir respecto de los ciudadanos de determinados países una autorización previa o visa otorgada por un Consulado Chileno en el exterior. El listado de países cuyos ciudadanos estarán sometidos a esta exigencia será fijada mediante Decreto Supremo firmado por los Ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores.”

Posteriormente la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado aprobó la modificación de este texto, agregando, después de la expresión “interés nacional”, la frase: “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”.

En la Comisión de Derechos Humanos del Senado, el Senador Latorre propuso eliminar la frase: “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”, lo que fue aprobado. Para justificar su votación, el Senador señaló que “se trata de una norma que contiene un alto grado de indeterminación que puede ocasionar generalizaciones indebidas o estigmatización de poblaciones de países completos a causa de la conducta de un grupo de

nacionales. Refirió que la norma, tal como está redactada actualmente, no expresa qué se entiende por bajo cumplimiento, tampoco señala a qué normas migratorias en concreto se refiere y no indica cuántos nacionales de un determinado país deben haber infringido las normas migratorias para que proceda la implementación de esta medida por parte de la autoridad. Por estas razones, sugirió eliminar esta frase o, en su defecto, aprobar en un nuevo inciso los estándares bajo los cuales se regirá su aplicación”.

El artículo 27 del proyecto de ley referido a la “*Autorización previa o visa*”, establece en su inciso primero que “*No requerirá autorización previa o visa para el ingreso y estadía en Chile quien lo haga en calidad de titular de un permiso de permanencia transitoria*”.

Acto seguido, el inciso segundo de dicho precepto establece aquellos motivos por medio de los cuales puede exigirse a las personas que ingresar en calidad de residentes temporales una autorización previa o visa. Así, establece que, “*Sin perjuicio de lo establecido en el inciso precedente, por motivos calificados de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional, se podrá exigir respecto de los nacionales de determinados países una autorización previa o visa otorgada por un consulado chileno en el exterior. El listado de países cuyos ciudadanos estarán sometidos a esta exigencia será fijada mediante decreto supremo firmado por los ministros del Interior y Seguridad Pública y de Relaciones Exteriores, previo informe del Servicio y de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores*”. En el caso de “*Las razones de interés nacional indicadas en el inciso anterior en ningún caso autorizarán a establecer la visa consular a que hace referencia dicho inciso, de forma arbitraria o discriminatoria respecto de los nacionales de un país en particular*” (inc. 3).

A continuación, daremos cuenta del origen de las expresiones contenidas en el inciso segundo de la norma expuesta, y que es lo que nos importa, esto es: “por motivos calificados de interés nacional” y “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de ellos nacionales de un país en particular”.

| | |
|---|--|
| Mensaje N°089-361 de SE el Presidente de la República, de fecha 4 de junio de 2013. | Sólo contiene la expresión <i>por razones de interés nacional</i> . (Art. 21, inc. 2). |
| Indicaciones N°008-366 de SE el Presidente de la República, de fecha 9 de abril de 2018 | Se mantiene la expresión <i>por razones de interés nacional</i> y se agrega la frase <i>de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los ciudadanos de un país en particular</i> (art. 22, inc. 2). |

| | |
|---|--|
| <p>Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputados.</p> | <p>El inciso segundo del artículo 22 (que pasa a ser 28) fue aprobado por la unanimidad de los miembros de la Comisión (12x0), habiéndose aprobado, de forma particular, y por mayoría simple, la introducción de la frase <i>de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los ciudadanos de un país en particular</i>.</p> |
| <p>Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados.</p> | <p>Se modifica el inciso segundo del artículo 28 por unanimidad (13x0), reemplazando la frase <i>por razones de interés nacional, de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los ciudadanos de un país en particular</i> por la frase <i>por motivos calificados de interés nacional</i>.</p> |
| <p>Cámara de Diputados (primer trámite constitucional).</p> | <p>Se aprueba el texto del artículo 28 con las modificaciones introducidas por la Comisión de Derechos Humanos con 149 votos a favor, ninguno en contra, sin abstenciones o dispensados (no se vota de forma separada).</p> |
| <p>Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado.</p> | <p>Se modifica por la unanimidad de los miembros de la comisión (4x0) el inciso segundo artículo 28 (que ha pasado a ser 27), en orden a incorporar luego de frase <i>motivos calificados de interés nacional</i>, la frase <i>bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular</i>.</p> |
| <p>Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado.</p> | <p>Por la mayoría de los senadores (3x2), se acuerda eliminar la frase <i>de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular</i>.</p> |
| <p>Senado (segundo trámite constitucional).</p> | <p>Se rechaza la modificación introducida por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado al inciso segundo del artículo 27 del proyecto (eliminar la frase <i>de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular</i>) con 18 votos por aprobar la</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>modificación, 24 votos por rechazarla, 1 abstención y sin pareos (votación separada).</p> <p>Se aprueba la modificación introducida por la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización al inciso segundo del artículo 27 del proyecto (incorporar la frase <i>de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular</i>) con 24 votos a favor de la incorporación, 4 votos en contra, 12 abstenciones y sin pareos (votación separada).</p> |
| Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputados. | Se rechaza el texto remitido por el Senado por 7 votos para rechazar, 4 por aprobar y 1 abstención. |
| Cámara de Diputados (tercer trámite constitucional). | Se aprueban las modificaciones introducidas por el Senado por 137 votos a favor, 1 en contra, 2 abstenciones y sin dispensados (no se vota de forma separada). |

4.2 Vicios de inconstitucionalidad: vulneración del derecho a la igualdad y la máxima de razonabilidad, así como a la garantía de protección del contenido esencial de los derechos

Tal y como adelantáramos, trataremos los vicios de inconstitucionalidad de ambos preceptos de manera conjunta, en la medida en que adolecen de los mismos, sin perjuicio de tener presente en todo momento que una y otra frase tienen un contenido normativo propio e independiente de la otra.

4.2.1 Vulneración del derecho a la igualdad y la máxima de razonabilidad (art. 19 N°2)

El artículo 19 N°2 de la Constitución asegura a todas las personas: “*La igualdad ante la ley. [...] Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

En virtud de la dimensión del derecho a la igualdad como proscripción de toda discriminación arbitraria,

“[...] se prohíben diferenciadores que no sean objetivas, que no posean una finalidad legítima y siempre que la medida sea razonable y proporcionada en el caso concreto. Por lo mismo, el debate sobre la igualdad se desarrolla, en buena medida, en el análisis de las circunstancias de las categorías que permiten hacer las distinciones que no sean arbitrarias”⁶².

El precepto en comento autoriza que tanto la ley como las diversas autoridades puedan realizar distinciones, en la medida que estas no sean arbitrarias, es decir, que respondan a razones y no a meros caprichos.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, “[...] *la igualdad ante la ley supone analizar si la diferencia legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados*”⁶³.

En efecto, “[...] *debe destacarse que la Constitución no prohíbe distinguir per se, lo que sería absurdo considerando la naturaleza jurídica intrínsecamente diferenciadora de las normas jurídicas. Como lo ha establecido claramente la doctrina y la jurisprudencia, lo que se excluye es la diferencia que no se encuentra suficientemente justificada, que es caprichosa, contraria a la equidad o éticas elementales, irracional o injustificable*”⁶⁴.

Conforme a lo dicho, el artículo 19 N°2 permite distinguir en la medida que: 1) dicha distinción responda a fines constitucionalmente válidos, 2) dichos fines sean objetivos y 3) que los mismos sean proporcionales.

Respecto a la frase “*por motivos calificados de interés nacional*”, como primer comentario, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. “*En primer lugar es un concepto vago y, junto a ello, permite una amplia discrecionalidad de los operadores para definir su contenido concreto*”⁶⁵. Se

⁶² García Pino, Gonzalo, Contreras Pablo, Vásquez y Martínez Placencia, Victoria (2016): *Diccionario constitucional chileno*. Santiago de Chile: Hueders, p. 546.

⁶³ Tribunal Constitucional, causa Rol N°1.469-2009 INA, sentencia de 5 de noviembre de 2010, considerando 15°.

⁶⁴ Díaz de Valdés Juliá, José Manuel (2019): *Igualdad constitucional y no discriminación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 92

⁶⁵ García Pino, Gonzalo, Contreras Pablo, Vásquez y Martínez Placencia, Victoria (2016): *Diccionario constitucional chileno*. Santiago de Chile: Hueders, p. 587.

trata en el presente caso, de un concepto cuyo contenido debe ser identificado y fijado por parte de la autoridad administrativa.

Si bien la doctrina administrativista nos da cuenta de que es procedente, e incluso útil, dotar a la autoridad administrativa de esferas de discrecionalidad, a efecto de permitir una adecuada decisión al caso concreto, su ejercicio siempre queda sujeto a diversos criterios de orden legal, administrativo, judicial, con el fin de evitar arbitrariedades y/o afectación de principios constitucionales, como la proporcionalidad⁶⁶.

La discrecionalidad, de este modo, se transforma en un instrumento que permite dar contenido a los preceptos legales en orden a permitir un adecuado ejercicio de las potestades pública. El problema que presenta el precepto contenido en el artículo 27 inciso segundo del proyecto, en cambio, es otro.

La redacción permite dotar a la autoridad administrativa de facultades para, conforme a los criterios que ella establezca, dar lugar a la exigencia de contar con visas consulares para que los extranjeros ingresen regularmente al país.

El estatuto jurídico de ingreso de los extranjeros está compuesto por el conjunto de requisitos o condiciones establecidas por la ley para que el extranjero, en cumplimiento de los mismos, pueda ingresar regularmente al territorio nacional. No se trata de obligaciones jurídicas en sentido estricto, toda vez que dichas disposiciones carecen de pretensión de extraterritorialidad, sino tan sólo de requisitos fijados por el legislador para la entrada regular de extranjeros, motivo por el cual se trata de un precepto legal que da desarrollo normativo al límite consagrado respecto a la libertad ambulatoria en el artículo 19 N°7, letra a) de la Constitución⁶⁷.

Así las cosas, las condiciones fijadas por la ley, al constituir el marco normativo que regula el ejercicio de un derecho fundamental debe cumplir con el carácter de objetivo, de modo que no sea posible incurrir en discriminaciones por parte de la autoridad destinada a protegerlo. Así, el Comité de

⁶⁶ Gómez González, Rosa Fernanda (2018): "Necesidad-esencialidad de criterios legales para la determinación de una sanción administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N°2, p. 541.

⁶⁷ Molina Conzué Diego Andrés, *Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: parte general* (inédito).

Derechos Humanos ha dicho que *“Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación”*⁶⁸.

Con todo, podría pensarse que las indicaciones aprobadas por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, conforme a la cual se requiere que las razones de interés nacional sean *“calificadas”*, y que *“Las razones de interés nacional indicadas en el inciso anterior, en ningún caso autorizará a establecer la visa consular a que se hace referencia dicho inciso, de forma discriminatoria respecto de los nacionales de un país en particular”*, impedirían que el ejercicio de la comentada facultad fuese contrario al artículo 19 N°2 de la Constitución. La realidad, no obstante, es otra.

Si bien la incorporación de la expresión *“calificadas”* exige a la autoridad migratoria a una mayor fundamentación en los actos administrativos que adopte, y en cuya conformidad han de establecer las respectivas visas consulares, la decisión, en definitiva, siempre quedará establecida por la Administración, la cual podrá construir su argumento en torno al concepto interés nacional fijado por él *ad initio*. En otras palabras, toda la argumentación dada en el acto que se trate tendrá como punto de partida el sentido que la respectiva autoridad desee dar al concepto de interés nacional.

Por su parte, la incorporación del nuevo inciso tercero, nada aporta al ejercicio de la potestad administrativa para fijar y exigir visados consulares, tanto en cuanto la misma no hace sino reiterar los estándares de igualdad y no discriminación contenidos en la Constitución, diversas leyes, Tratados Internacionales y principios generales del derecho. Además, resulta ser marginal, atendido a que el núcleo de la decisión queda exclusivamente dentro de la órbita de atribuciones de la autoridad administrativa.

*“[...] la discrecionalidad en sí misma no constituye arbitrariedad, sino que es su ejercicio abusivo y al margen de los límites el que se encuentra proscrito. Para evitar los excesos a los cuales se puede llegar con este poder, existen una serie de límites para el ejercicio responsable del mismo, encontrándose, además, sometido a diversos mecanismos de control, los cuales permiten y equilibran este poder”*⁶⁹. En el texto enjuiciado, no figuran límites que orienten la actividad administrativa,

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General N°27, de 1999, párr. 13.

⁶⁹ Gómez González, Rosa Fernanda (2020): “Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración”, en *Ius et Praxis*, año 26, N°2, p. 209.

correspondiéndole a esta, de forma exclusiva, la identificación del interés nacional, su sentido y calificación. Cabe precisar que, al hablar de la actividad administrativa o la autoridad administrativa, no nos referimos solo al órgano o autoridades administrativas que adoptan la decisión, sino que a todas las autoridades o entidades de tal naturaleza que intervienen en el proceso destinado a su adopción.

A lo ya dicho, cabe tener muy presente que las visas consulares, esto es, aquellos permisos obtenidos en el extranjero que habilitan a aquellas personas en cuyo beneficio se han extendido, para ingresar al territorio de la República y permanecer en él durante un cierto lapso de tiempo, constituyen, respecto de las personas a quienes se les exija, un requisito para ingresar y permanecer regularmente en territorio nacional. En otras palabras, contar con una visa consular en los casos en que ello requerido, constituye un requisito que, echado en falta, imposibilidad, de forma absoluta, y salvo que medien otros derechos (como el asilo), que los extranjeros puedan ingresar regularmente a Chile y, por ende, encontrarse en tal calidad durante el periodo de tiempo que su estadía dure⁷⁰.

De este modo, mediante el estableciendo de visados consulares, el Estado fija un requisito adicional respecto a personas extranjeras que deseen inmigrar a Chile, siendo ello una facultad que, como se ha dicho respecto a la regulación de la libertad ambulatoria, los Estados detentan, toda vez que los visados consulares constituyen una expresión de su política de control migratoria. Dicho requisito, además, conforme a la regulación dada en el pretendido proyecto, tiene el carácter de excepcional, motivo por el que la regulación dada debe fijar, con un grado de determinación y especificidad suficiente, los parámetros con que dicha facultad podrá ser empleada

No obstante, y como también se expresó, al fijar dichas normas, los Estados no tienen una soberanía absoluta, toda vez que sus atribuciones de control migratorio deben ejercerse de forma armónica con los demás derechos fundamentales, además de ser objetivas y justificadas. Es más, y si bien en el texto del proyecto no figura, bajo el sentido amplio de la expresión *interés general*, es posible, incluso, poder incorporar y justificar motivos de utilidad o conveniencia nacional⁷¹.

⁷⁰ Molina Conzué Diego Andrés, *Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: parte general* (inédito).

⁷¹ Así las cosas, conforme a la redacción actual de la norma “[...] la Administración no dispone de un parámetro de valoración objetivo u objetivable para la concesión de una visa, quedando abierto su criterio a tantos supuestos de beneficio o utilidad como pueda pensarse”. Molina Conzué Diego Andrés (2018): “Discrecionalidad administrativa e igualdad ante la ley en materia migratoria”, en *Actas de la I Bienal Latinoamericana de Derechos Humanos*, pp. 8-9.

Conferir a la Administración la facultad de determinar, mediante una cláusula amplísima, respecto de que nacionales extranjeros se podrá solicitar una visa y qué casos no, fundado ello en todo lo que pueda interesar a la nación chilena, resulta abrir la puerta a casos de arbitrariedades que no se verían superados por la fundamentación del mismo. Cosa distinta habría sido que el legislador hubiere establecido un listado de supuestos que orienten la actividad de la autoridad para dar emplear la facultad que le asiste, o bien, que se remita a los criterios contenidos en los tratados internacionales, cosa que no ocurre. *“Si el ámbito de desarrollo de los conceptos jurídicos queda sujeto a un amplio margen de discrecionalidad administrativa, la protección de la igualdad ante la ley de aquellas personas migrantes podría quedar a merced de los criterios hermenéuticos que la Administración aplique a cada caso concreto”*⁷².

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, *“[...] si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación”*⁷³.

Respecto de la expresión *“de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular”*, es posible predicar lo ya dicho con ocasión de la otra frase impugnada.

En efecto, al regular el legislador los requisitos de ingreso, este ha fijado un primer marco jurídico aplicable a los extranjeros, los que, en la medida que cumplan las condiciones allí establecidas, podrán ingresar y permanecer, conforme a la calidad migratoria con la que han ingresado, de forma regular en territorio nacional. En cambio, e independiente de lo anterior, una vez se encuentren en territorio nacional, están sujetos a un conjunto de obligaciones, deberes y prohibiciones, que deben acatar. Este es el estatuto jurídico de permanencia⁷⁴. En ambos casos nos encontraremos frente a un conjunto de disposiciones normativas que el extranjero eventualmente puede no cumplir o infringir. Las posibilidades son variadas. A vía ejemplar, respecto del estatuto de entrada, puede ingresar por paso no habilitado, puede ingresar con documentación falsa, adulterada o expedida a nombre de otra

⁷² Bassa Mercado, Jaime y Torres Villarrubia, Fernanda (2015): “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, en *Estudios Constitucionales*, año 13, N°2, p. 115.

⁷³ Tribunal Constitucional, causa Rol N°541-2006 INA, sentencia de 26 de diciembre de 2006, considerando 15°.

⁷⁴ Molina Conzué Diego Andrés (2020): “La medida de expulsión administrativa de extranjeros en el derecho chileno: límites materiales y formales”, en *Estudios de Derecho*, vol. 77, N°169, pp. 299-300.

persona, puede ingresar sin tener una visa, pese a ser exigido o bien puede ingresar pese a existir a su respecto una prohibición de acceso. Respecto al estatuto jurídico de permanencia, en cambio, puede incumplir obligaciones registro, obligaciones de aviso, puede trabajar no estando habilitado para ello, puede residir no estando habilitado para ello, puede no abandonar el territorio nacional estando obligado a ello, entre otras, penales, inclusive.

Así las cosas, ambos estatutos contemplan un amplio abanico de posibilidades de ver insatisfechos sus preceptos, lo que, además, debido a la proporcionalidad del comportamiento observado, pueden dar lugar a diferentes reacciones estatales, pudiendo estas alcanzar, en ciertos casos, la expulsión.

Por lo anterior, la expresión “*de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular*” resulta indeterminada, habilitando a la autoridad administrativa la posibilidad poder dar a cualquier tipo de incumplimiento, cualquiera este sea, por muy mínimo, la fuerza suficiente para poder establecer que existe un bajo cumplimiento de las normas migratorias.

El bajo cumplimiento de las normas migratorias, además, contiene de forma implícita el criterio de utilidad y conveniencia nacional, toda vez que se desea establecer, mediante la exigencia del visado consular, mayores requisitos respecto a determinados extranjeros por sobre otros., habida cuenta del comportamiento de sus connacionales para con la normatividad chilena. De esta forma, y habida cuenta de las tasas de cumplimiento de las normas estatales, es más conveniente condicionar el ingreso regular a la obtención de visa consular, para ciertos extranjeros.

4.2.2 Transgresión de la garantía del contenido esencial de los derechos

Como se ha señalado, el artículo 19 N°26 de la Constitución establece los límites que deben ser respetados por los preceptos legales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales.

“Que, debe señalarse que es principio general y básico del derecho constitucional chileno la “reserva legal” en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía (artículo 19, N°13, de la Constitución), pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos (artículo 19, N° 26, de la Carta Fundamental)”⁷⁵.

⁷⁵ Tribunal Constitucional, causa Rol N°269-2006 REQ, sentencia de 16 de julio de 1996, considerando 9°.

Sobre el particular, y a diferencia de lo pretendido por el proyecto, la doctrina ha dicho que tratándose de la regulación legal respecto a la libertad de circulación “[...] sólo mediante la ley se puede regular este derecho. Impera en la materia el principio de reserva legal con cualidad absoluta. Jamás por decreto u otra normativa inferior es procedente contemplar conceptos⁷⁶, requisitos, impedimentos o trámites en la especie. En otras palabras, trátase de un asunto delicado, para cuya normativa se exige por la Constitución el mayor grado de certeza o seguridad posibles, circunstancia que justifica la reserva legal fuerte que hemos destacado. Queda excluida, por ende, la delegación de facultades legislativas en el tópico, así como el desempeño de la potestad reglamentaria por el Primer Mandatario. Lo explicado se halla corroborado con el texto y contexto minuciosos de la Carta Fundamental, rasgo exhaustivo, casi de detalle, que permite comprender la trascendencia que tiene el asunto en el Estado de Derecho”⁷⁷.

En efecto, el hecho que el legislador haya regulado de forma amplia, vaga e imprecisa las causales por las cuales la autoridad administrativa podrá requerir la exigencia de un visado consular, haciendo excepción a la regla general contenida en el inciso primero, aquel ha entregado a esta autoridad la potestad de definir el concepto de tales supuestos. La autoridad, por sí y ante sí, podrá definir en qué casos el interés nacional se ve afectado y que tipo de normativa migratoria se ve bajamente cumplida. La fijación del requisito, en definitiva, ha quedado radicada en la autoridad administrativa.

Por otro lado, cabe mencionar que dichos criterios plantean serios cuestionamientos desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido amplio. Tal como ha dicho la Magistratura Constitucional “Cualquiera sea entonces el camino que se siga para estudiar la constitucionalidad de las normas en examen, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”⁷⁸.

Como se señaló, para que una limitación constitucional pueda estimarse idónea, la misma debe responder a ciertos bienes o fines reconocidos por la Constitución. Respecto a la expresión “razones

⁷⁶ Énfasis agregado.

⁷⁷ Cea Egaña, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 232.

⁷⁸ Tribunal Constitucional, causa Rol N°1.046-2008, sentencia de 22 de julio de 2008, considerando 22°.

calificadas de interés nacional”, prima facie, el texto constitucional, a diferencia de otros preceptos, no lo ha contemplado como fin en virtud del cual se pueda regular el ejercicio de la libertad ambulatoria o de circulación. En diferentes pasajes del Código Político, el constituyente se refiere al interés nacional como criterio habilitador para que el legislador limite el derecho correspondiente. Así, lo ha hecho en los artículos 19 N°16, 19 N°23, 19 N°24; del mismo modo lo hace con motivo de las cuales de reserva y secreto en el artículo 8.

Dicha situación no ocurre de observarse los preceptos contenidos en los Tratados Internacionales relativos a la materia. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este establece que las mismas deben estar “[...] *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*” (artículo 12.3). La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, establece las restricciones deben, además de encontrarse en una ley, ser “[...] *indispensables 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*” (artículo 22.3). Finalmente, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, establece que el derecho para salir libremente de cualquier Estado, incluido el propio, “[...] *no estará sometido a la restricción alguna, salvo las que sean establecidas por la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente parte de la Convención*” (artículo 8.1). Asimismo, la libertad de movimiento en el territorio y el derecho de residencia “[...] *no estarán sujetos a ninguna restricción, salvo las que estén establecidas por ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás y sean congruentes con los demás derechos reconocidos en la presente Convención*” (artículo 39.2).

Así, entre las diferentes causales que habilitan al legislador para restringir la libertad de circulación, no figura el interés nacional, consagrando dichos instrumentos restricciones que encuentran su fundamentación en evitar ciertos comportamientos que pueden generar, de forma inmediata o mediata, una consecuencia negativa para la población de un Estado, más que en un *“interés nacional”* abstracto y desprovisto de contenido o criterio orientadores. Además, cabe señalar que los criterios limitadores expuestos dan cuenta de parámetros que deberá observar el legislador, no la autoridad

administrativa, a la que tan solo le corresponde aplicar la regulación legal, valorando los escasos, pero necesarios márgenes de discrecionalidad que le confieran, de forma de dar una aplicación acorde a los derechos humanos.

Con todo, podría pensarse, a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en causa rol N°4.757-2018 - en que conoció el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de parlamentarios en contra del decreto supremo que establecía el visado consular de turismo para ciudadanos de Haití - que la expresión “*interés nacional*” tiene asidero constitucional. En efecto, dicha magistratura señaló que “[...] *aunque el Tribunal Constitucional carece de competencia para revisar en esta instancia la concepto tan indeterminado como ‘interés nacional’, sí les dable aseverar que la medida decretada atestigua una razón cualificada de bien común general, respaldada por el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, al proveer antecedentes ciertos de una situación que no estaba establecida u ofrecía dudas, relativa a los múltiples problemas globales que para el país traen aparejados los indocumentados*”⁷⁹.

Conforme al considerando expuesto, el Tribunal Constitucional le daría asidero a la expresión “*interés nacional*” en nuestro texto constitucional de forma indirecta, por vía del artículo 1°, inciso 2°, esto es, el interés nacional responde a la expresión bien común. Dicho razonamiento, que en línea de principio puede ser procedente, con todo, debe ser complementado con los criterios internacionales expuestos, así como por el inciso 5° de dicho artículo.

Además, la falta de determinación del sentido que debiese dársele a la expresión “*interés nacional*”, torna, en caso de pensar que satisface el estándar de idoneidad, en impracticable un adecuado examen de necesidad, tanto en cuanto se carece *a priori* de criterios que permitan dar legitimidad a la exigencia de visado consular frente a otras eventuales medidas.

En el caso de la expresión “*de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular*”, y a diferencia del caso anterior, queda claro que el mismo no tendría asidero en alguna finalidad o bien constitucionalmente reconocido. En efecto, la naturaleza de la regulación pretendida es administrativa, por lo que, incluso, no podría invocarse el supuesto “*prevenir infracciones penales*” contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos. Mediante la regulación pretendida lo que se persigue es restringir que ingresen compatriotas de aquellos que han infringido

⁷⁹ Tribunal Constitucional, causa Rol N°4.757-2018 REQ, sentencia de fecha 19 de julio de 2018, considerando 12°.

la normativa migratoria nacional, esto es, la regulación dada por el Estado respecto al fenómeno migratorio (sin determinación de que tipo, como se ha dicho), más no la protección o satisfacción de los derechos y aspiraciones de los habitantes del territorio nacional.

A este respecto cabe agregar, además que el establecimiento de las visas consulares no impide en caso alguno que los extranjeros a cuyo respecto se ha exigido tal autorización ingresen a Chile. Es decir, si el objetivo de la exigencia es reducir el número de personas de una determinada nacionalidad que incumplen la normativa de extranjería, la exigencia de la visa no es una solución que satisfaga el estándar de necesidad. En efecto, toda vez que *“Una medida legislativa no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa”*⁸⁰, el establecimiento de visados consulares no tendrá ninguna influencia y, respecto al incumplimiento al estatuto jurídico de entrada, puede incluso elevar los casos, tanto en cuanto fija un nuevo requisito para el ingreso regular. De este modo, en cambio, lo que debió haberse preferido fue la adopción de medidas positivas, mediante las cuales se fiscalice con mayor atención la frontera, o bien se perfeccionen los procesos de instrucción y capacitación de los funcionarios públicos relacionados con materias de extranjería para prevenir los eventuales incumplimientos. A lo dicho puede añadirse que, en miras a bajar la cantidad de infracciones, sería más adecuado establecer planes de educación y asesoría para la población chilena o extranjera. En definitiva, hacer aplicable una nueva exigencia de ingreso no satisface apropiadamente el fin perseguido, pudiendo ser, incluso, contraproducente.

Finalmente, y respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, *“[...] la gravedad de la intervención ha de ser adecuada al objetivo de la intervención. Por lo tanto los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad [...]. Este último requisito parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación debe tener en cuenta la situación participar del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho”*⁸¹.

⁸⁰ Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*. Santiago de Chile, Legal Publishing, p. 265.

⁸¹ Arnold, Rainer; Martínez Estay, José Ignacio y Zúñiga Urbina, Francisco (2012): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, año 10, N°1, p. 71.

Sobre el particular, como ha dicho el Tribunal Constitucional, *“La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común”*⁸².

Conforme a lo dicho, en el caso de la frase *“motivos calificados por interés nacional”*, aun cuando pueda darse fundamento sobre la base del bien común, la amplitud de la causal permitiría englobar supuestos ajenos a dicho bien común, y encubrir bajo la apariencia de juridicidad, supuestos discriminatorios. De esta forma, la extensión de la limitación sobrepasa con crecer la licitud del objeto de se pretende alcanzar, permitiendo, al no haber criterios orientadores que guíen al ente aplicador, incorporar supuestos que exceden del bien común. Así, bajo el pretexto del *“interés nacional”*, sería susceptible restringir con requisitos excepcionales, ya dentro de su propia área, a un derecho fundamental sin garantía satisfacer un *test* de ponderación, atentando, al mismo tiempo, los principios de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de los derechos fundamentales, *pro homine* y *pro libertatis*.

Respecto a la segunda frase, la indeterminación del de las normas migratorias cuyo bajo cumplimiento justifica la imposición de la exigencia de visado consular, así como la falta de identificación de un objetivo o fin constitucional protegido, vuelve difícil establecer la práctica de un examen de proporcionalidad en sentido escrito. Empero, y a la vista de lo preceptuado en el artículo 22.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el incumplimiento de normas administrativas no sería suficiente para, por vía del establecimiento de un visado consular, restringir la libertad circulatoria, tanto en cuanto dicho Tratado Internacional emplea la expresión *“prevenir infracciones penales”*. Así, al menos, queda claro que los actos u omisiones cometidos por extranjeros que habilitan una restricción deben tener naturaleza penal.

⁸² Tribunal Constitucional, causa Rol N°541-2006 INA, sentencia de 26 de diciembre de 2006, considerando 15°.

4.3 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional:**

(i) la frase “de bajo cumplimiento de las normas migratorias por parte de los nacionales de un país en particular,” contenida en el inciso 2° del artículo 27 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06); y/o

(ii) la frase “calificados de interés nacional,” contenida en el inciso 2° del artículo 27 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06); y

(iii) en caso de acoger la petición sobre ambas frases, suprimir también la expresión “o, por motivos”, contenida en el inciso 2° del artículo 27 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06), inmediatamente a continuación de las frases impugnadas, para mantener la coherencia lingüística del inciso en cuestión;

de modo que no puedan convertirse en ley.

5 Artículo 33, numerales 4° y 5°

El artículo 33 consagra las llamadas “prohibiciones facultativas”, es decir, aquellas cuya imposición queda a discrecionalidad de la autoridad contralora de frontera (por contraposición a las “prohibiciones imperativas” del artículo 32). En concreto, se faculta a la Policía de Investigaciones a apreciar e invocar, a su total discrecionalidad, una serie de causales para impedir el ingreso al país de determinados extranjeros. Dos de estas causales (las contempladas en los numerales 4° y 5°) adolecen de serios vicios de inconstitucionalidad, tal como se expondrá a continuación. Transcribimos la totalidad del artículo 33 para un mejor contexto, ennegreciendo sólo los numerales impugnados.

“Artículo 33.- Prohibiciones facultativas. Podrá impedirse el ingreso al territorio nacional a los extranjeros que:

1. Hayan sido condenados en el extranjero en los últimos diez años por actos que la ley chilena califique de crimen o en los últimos cinco años por actos que la ley chilena califique de simple delito. También se podrá impedir el ingreso a aquellos extranjeros que, respecto de crímenes o simples delitos, se encuentren con procesos judiciales pendientes en el extranjero o se encuentren prófugos de la justicia.
2. Registren antecedentes penales en los archivos o registros de la autoridad policial, canalizados a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).
3. Hayan sido expulsados o deportados de otro país por autoridad competente, en los últimos cinco años, por actos que la ley chilena sancione con expulsión o deportación.
- 4. Realicen declaraciones, ejecuten actos o porten elementos que constituyan indicios de que se disponen a cometer un crimen o simple delito de acuerdo con la legislación penal chilena.**
- 5. Realicen declaraciones o porten elementos que acrediten que el motivo de su viaje difiere de aquél para el cual se obtuvo la visa correspondiente o se solicitó el ingreso al país.”**

En los párrafos siguientes, trataremos vicios comunes a ambos numerales, para luego detallar el modo particular en que cada uno de estos preceptos, por separado, resulta contrario a la Constitución.

5.1 Consideraciones comunes respecto de ambos numerales

Los numerales impugnados se encuentran contenidos en el Título III “Del Ingreso y Egreso”, Párrafo II “De las prohibiciones de ingreso” del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06). El artículo enumera las causales facultativas de que dispone la autoridad administrativa para disponer la prohibición de ingreso de un extranjero que solicite su admisión al territorio nacional, sea que se trate de visitantes temporales o residentes.

Las prohibiciones de ingreso constituyen el ejercicio de la facultad soberana del Estado para definir los criterios de admisión a su territorio, que deben cumplir las personas extranjeras al momento de solicitar un permiso o presentarse en frontera para ingresar al país. El proyecto de ley distingue entre prohibiciones imperativas y facultativas para la autoridad, en base, principalmente, a la gravedad de las causales invocadas.

Las prohibiciones de ingreso facultativas desarrolladas en el artículo 33, permiten a la autoridad de frontera admitir o prohibir la entrada al país, de las personas que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en los numerales 1 a 5 de dicho artículo. Es decir, mediante este artículo se regula la posibilidad de la autoridad administrativa para restringir el derecho a la libertad individual y a la igualdad ante la ley, adoptando un trato diferenciado entre chilenos y extranjeros. Por tanto, al tratarse de una posibilidad de afectación o restricción a principios y derechos fundamentales garantizado por la Constitución y Tratados Internacionales ratificados y que se encuentran vigentes en Chile, su desarrollo debe ser completo y determinado a efectos de minimizar toda posibilidad de vulneración a estos.

La redacción de las causales de prohibición de ingreso establecidas en los numerales 4° y 5° del artículo 33, resulta impugnada por inconstitucional en atención a que cada uno de estos numerales vulnera las garantías y principios constitucionales relacionadas con la **igualdad ante la ley y la libertad personal y seguridad individual** de quienes se puedan ver afectados por la imposición de esta sanción administrativa, de conformidad a los fundamentos que se exponen a continuación.

5.1.1 Vulneración del derecho de igualdad ante la ley (artículo 19 N°2)

El mensaje del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería establece que este “reconoce en forma explícita la condición de igualdad de los migrantes con los nacionales, tanto en derechos como en obligaciones, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas en el ordenamiento jurídico y en el mismo proyecto. (...) Sin embargo, los extranjeros no gozan por igual de la totalidad de las prerrogativas consagradas para los nacionales. La amplitud de éstas está asociada a su nivel de arraigo”⁸³. Lo anterior, llama la atención cuando luego en el cuerpo del articulado, el artículo 3° del proyecto se establece el deber del Estado de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de los extranjeros en Chile de conformidad a la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, señalando expresamente en su inciso final que “El Estado asegurará a los extranjeros la igualdad ante la ley y la no discriminación”.

Al respecto, es preciso señalar, que, si bien la Carta Fundamental no contiene normas que establezcan distinciones entre nacionales y extranjeros, no prohíbe toda diferenciación normativa, sino solo aquellas de carácter arbitrario (Art. 19 N°2 inc. 2°). De esta manera, en caso de establecerse una

⁸³ Mensaje Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06).

diferenciación, es necesaria en primer lugar una habilitación constitucional previa, como también lo ha establecido este Tribunal en Rol N°2273-2012-INA, de 4 de Julio de 2013, C°29, la que es inexistente en el actual texto del proyecto⁸⁴.

Luego, la garantía constitucional de la igualdad ante la ley vela por que las razones esgrimidas tanto por el legislador como por la autoridad administrativa para establecer dichas diferencias sean razonables y proporcionales. Sin embargo, la carencia de criterios que permitan ponderar la proporcionalidad en la aplicación de una de las causales de prohibición de ingreso contempladas en el proyecto de ley, sumado al carácter indeterminado de la redacción de los numerales impugnados, entrega un margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa que le permite restringir el ejercicio de derechos fundamentales de los que son titulares las personas extranjeras, sin un límite o control normativo.

De acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados deben respetar y garantizar que las personas migrantes en su territorio o bajo su jurisdicción o control efectivo reciban un trato igualitario y no discriminatorio, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean⁸⁵. Dado el riesgo de que el amplio margen de discrecionalidad devenga en arbitrariedad, el Tribunal Constitucional en sentencia del STC 2273 afirma que no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad (C°13), siendo necesario incorporar el enfoque de los derechos en la decisión administrativa (C°40)⁸⁶.

Para efectos de este análisis, se debe tener en consideración que el momento de aplicación de las prohibiciones de ingreso desarrolladas en los artículos 32 y 33 del proyecto de ley, se da al realizarse el control fronterizo por la autoridad contralora, la Policía de Investigaciones de Chile, y es en ese contexto en que deben configurarse los supuestos que permitan la detección de la causal invocada.

⁸⁴ “Comentarios al Proyecto de ley en segundo trámite constitucional, Ley de Migración y Extranjería”. Liliana Galdamez, Rita Lages, y Rodrigo Mallea. Proyecto ANID PIA SOC180008.

⁸⁵ Informe sobre Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) y las Indicaciones presentadas, Aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de junio de 2018 – Sesión Ordinaria N°428.

⁸⁶ “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, Jaime Bassa y Fernanda Torres, Estudios Constitucionales, Año 13, N°2, 2015, pp.103-124.

En este sentido, resulta necesario tener presente, el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones solo entrega a dicha institución la facultad de controlar el ingreso y salida de las personas del territorio nacional, así como adoptar todas las medidas conducentes para asegurar la correcta identificación de las personas que salen e ingresan al país, la validez y autenticidad de sus documentos de viaje y la libre voluntad de las personas de ingresar o salir de él. Mediante estos numerales del artículo 33, se está entregando la determinación de un hecho ilícito a una autoridad que no cuenta con las facultades legales para ello, vulnerándose así no solo la igualdad ante la ley, sino que también el principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política (Rol N°390-2018).

Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Suprema, al considerar que “las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por la ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate. Así también, el ejercicio legítimo de estas atribuciones exige, además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad” (CS Rol N°7080-2017). La razonabilidad de la decisión administrativa no se construye a partir de criterios establecidos en una norma legal. En este sentido, la doctrina recoge lo sostenido por el Tribunal Constitucional al señalar que la potestad reglamentaria puede desenvolverse válidamente solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica (TC 370-2003 C°23)⁸⁷.

Por tanto, la distribución de competencias normativas que establece nuestra Constitución Política de la República implica que el legislador debe determinar los parámetros de razonabilidad que definirán los fines de la normativa y limitarán la regulación reglamentaria por parte del órgano del Estado encargado de su aplicación y ejecución, y es el legislador el encargado de configurar los respectivos instrumentos de control para el efectivo resguardo de la protección de los derechos fundamentales⁸⁸.

A mayor abundamiento, el inciso primero del artículo 6° de la Constitución Política de la República establece que: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...). A su vez, el artículo 7° de la norma fundamental establece: “Ninguna

⁸⁷ “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, Jaime Bassa y Fernanda Torres, Estudios Constitucionales, Año 13, N°2, 2015, pp.103-124.

⁸⁸ “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios”, Jaime Bassa y Fernanda Torres, Estudios Constitucionales, Año 13, N°2, 2015, pp.103-124.

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”.

Mediante los numerales impugnados, el legislador está facultando a la autoridad administrativa, más allá de sus atribuciones, para calificar la veracidad de las declaraciones o los motivos detrás de los objetos que porta un extranjero cuando se presenta para ser controlado en frontera. En este sentido, la adopción de una sanción administrativa como la prohibición de ingreso al país vulnera el derecho inalienable de igualdad ante la ley ya que opera en la lógica de las presunciones, teniendo como supuesto de hecho que la persona extranjera que está solicitando se permita su ingreso al territorio nacional realice declaraciones, ejecute actos o porte elementos *que constituyan indicios* de que cometerá alguna infracción a la normativa penal chilena (numeral 4°), o que realice declaraciones o porte elementos que *acrediten* que el motivo de su viaje difiere de aquel para el cual se obtuvo la visa correspondiente o se solicitó el ingreso al país (numeral 5°).

Al mismo tiempo, ambos numerales vulneran la garantía constitucional del debido proceso (Artículo 19, N°3 de la Constitución Política) y el principio de presunción de inocencia, permitiendo la adopción de una sanción administrativa en contra de un extranjero prohibiéndole el ingreso al país sin que exista un proceso previo legalmente tramitado en el que pueda efectuar sus descargos.

Tal como pudo ser constatado por este Tribunal (TC Rol N°2273-2012-INA, de 4 de Julio de 2013, C°48) el informe o parte policial emanado de la autoridad policial contralora “se trata de una evidencia del todo incompleta, (...) con una indagación insuficiente” que determina que la autoridad administrativa adopte la sanción correspondiente de conformidad a la normativa migratoria vigente. “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°2”⁸⁹ de la Constitución.

En este contexto, el artículo del proyecto que desarrolla la disposición de la medida de prohibición de ingreso fue objeto de cambios relevantes durante la discusión legislativa. Así primero, se introduce referencia a la proporcionalidad como criterio para determinar los casos en que el plazo de la prohibición de entrada puede ser indeterminado y, segundo, se introducen plazos máximos y mínimos para la prohibición. Pese a las modificaciones realizadas, la norma mantiene sus dos principales

⁸⁹ TC Rol N°2273-2012-INA, de 4 de julio de 2013, C°48.

problemas: 1) la discrecionalidad y 2) la falta de proporcionalidad. Así, la adopción de la resolución de prohibición de ingreso por parte de la autoridad migratoria competente queda entregada al ejercicio de calificación de la autoridad y a conceptos relativamente indeterminados como sean “razones graves y calificadas”. A pesar de las modificaciones, el espectro de las situaciones aplicables sigue siendo muy amplio⁹⁰.

Es por ello que la aplicación de una prohibición de ingreso, ya sea por la causal contemplada en el numeral 4° como por aquella contemplada en el 5°, resulta a todas luces desproporcionada y arbitraria en relación con el derecho fundamental afectado.

5.1.2 Vulneración del derecho a la libertad personal y ambulatoria; transgresión de la reserva legal estricta impuesta por la Constitución (artículo 19 N°7 letras a y b)

El artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República, garantiza el derecho a la libertad personal y seguridad individual, en los siguientes términos:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

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;

(...)”

Tal como ha sido reconocido por este Tribunal al desarrollar el derecho a inmigrar y el deber estatal de recibir (TC Rol N°2273-2012-INA, de 4 de Julio de 2013, C°11): “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”. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el margen de discrecionalidad que tiene el Estado para regular la materia no puede constituir arbitrariedad.

⁹⁰ “Comentarios al Proyecto de ley en segundo trámite constitucional, Ley de Migración y Extranjería”. Lilita Galdámez, Rita Lages, y Rodrigo Mallea. Proyecto ANID PIA SOC180008.

Teniendo a la vista la Observación General N°27 del Comité de Derechos Humanos (2 de noviembre de 1999) el Tribunal Constitucional desarrolla ciertos límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, entre los cuales destaca: “Que las reglas restrictivas que limitan el derecho de ingreso de un extranjero a un país no deben 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”. De este modo, llega a la conclusión de que “no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país, únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de policía de seguridad. Mas 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”.

El numeral 4° vulnera el derecho a la libertad personal y seguridad individual, ya que permite que se prive a la persona de su derecho de ingresar al país, con la sola base de una sospecha de que la persona extranjera se dispone a cometer un crimen o simple delito, la que puede ser fundada incluso en “declaraciones” que realice al momento de ser controlado. El numeral 5° a su vez, vulnera este derecho ya que la autoridad puede prohibir el ingreso de quien parezca tener motivos migratorios distintos de los declarados para obtener una visa que ya le ha sido otorgada o para el otorgamiento de un permiso en frontera.

Esta vulneración se hace aún más evidente al no hacer una distinción entre visitantes transitorios y residentes, y ser aplicable a todos quienes sean *extranjeros*, siendo que la extensión de protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual consagrado en nuestra Constitución Política no realiza distinción alguna entre la titularidad de este derecho entre extranjeros y nacionales.

Es la entrada al país el momento de contrastar los requisitos de ingreso definidos por el legislador, lo que debe realizarse según lo dispone el artículo 19, numeral 7, letra a), de la Constitución, esto es, “a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley”. Es así como 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.” (C°41)

En razón de lo expuesto, es que la impugnación de inconstitucionalidad es alegada tanto para el numeral 4° como para el numeral 5°, dado que si bien ambos se encuentran enmarcados dentro del artículo 33 que establece las causales de prohibición de ingreso facultativas para la autoridad, y ambos numerales comparten las consideraciones generales relacionadas con la vulneración de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y libertad personal y seguridad individual, cada uno por separado, resulta inconstitucional conforme a los argumentos que siguen.

5.2 Consideraciones particulares respecto del numeral 4°

La inconstitucionalidad de esta norma del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) radica en una doble infracción a la Carta Fundamental en materia de libertad personal, y la afectación al principio de igualdad ante la ley, no solo de conformidad a las consideraciones generales expuestas, sino que también por las particularidades de este numeral 4°.

Conforme a lo dispuesto por el numeral impugnado en particular, la autoridad contralora de frontera podrá impedir el ingreso al territorio nacional a los extranjeros que *“Realicen declaraciones, ejecuten actos o porten elementos que constituyan indicios de que se disponen a cometer un crimen o simple delito de acuerdo con la legislación penal chilena.”*

La existencia de este impedimento de ingreso es a todas luces inidónea e innecesaria. No se logra identificar cuál sería el bien jurídico a proteger mediante este numeral ya que no hay un daño real que hubiera sido causado directa o indirectamente por alguna acción u omisión de la persona, lo que es manifiestamente contrario a los presupuestos de punibilidad que deben motivar una sanción. Al prescindir de una descripción fáctica de la conducta que se le atribuye al “infractor”, no se contempla hechos positivos y objetivos concretos en su conducta que permitan fundamentar que su ingreso a Chile sería contrario a los intereses del país o que incluso podría constituir un peligro para el orden público o la seguridad del Estado. De este modo, la resolución administrativa que resulte de la imposición de esta prohibición de ingreso será una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar a la persona afectada la posibilidad de ejercer su defensa (CS Rol N°7080-2017), siendo a todas luces arbitraria y violatoria no solo de la libertad personal del afectado o afectada, sino que también de sus derechos relacionados con la igualdad ante la ley y el debido proceso.

No se entiende de qué modo el numeral 4° protege la seguridad nacional. Si la persona ha delinquirido o se encuentra procesada por un delito, existen las prohibiciones de ingreso imperativas que desarrolla el proyecto de ley en su artículo 32. Si las autoridades fronterizas detectan que la persona está cometiendo un delito, podrán acusarla y tendrán que demostrarlo en un tribunal. ¿Qué hipótesis quedarían fuera de estas dos alternativas de control?

Al señalarse que las declaraciones, elementos o conductas deben constituir “indicios”, se dificulta el control de la aplicación de esta causal en la práctica y se entrega al oficial contralor la posibilidad de justificar la prohibición de ingreso en meras conjeturas sujetas a su interpretación, actuando por mera intuición o sospecha, quedando de manifiesto que este numeral abre la puerta (de par en par) a que se produzcan arbitrariedades constantemente en los pasos fronterizos y puertos de entrada al país. Esta causal facultativa de prohibición de ingreso resulta imprecisa al no determinar en qué consiste ese *indicio*, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad, que trae consigo un alto riesgo de arbitrariedad e infracción al principio de proporcionalidad. Este tipo de restricciones deben fundarse sobre una base objetiva, razonable y proporcional a un hecho determinado y acreditado mediante un procedimiento racional y justo, y no sancionar en base a un hecho indeterminado.

Así, la Constitución Política de la República establece que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, y si en la hipótesis del numeral 4° se tratase de una persona de nacionalidad chilena, la autoridad policial tiene el deber de ceñirse a las normas del debido proceso que contempla nuestra normativa. Deberá realizarse la respectiva detención y denuncia, remitiéndose los antecedentes al Ministerio Público, siendo puesta a disposición de un tribunal competente, y garantizándose su derecho a defensa resguardándose su presunción de inocencia en todo momento. Solo a través de un proceso penal podrá determinarse su responsabilidad y sanción correspondiente, sin existir fundamento alguno que permita un actuar distinto de parte de la autoridad administrativa por tratarse de una persona extranjera que está solicitando su admisión al territorio nacional.

En virtud de lo expuesto tanto en las consideraciones generales y particulares a este numeral, la inconstitucionalidad de esta norma del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) radica en una doble infracción a la Carta Fundamental: la vulneración al principio de reserva legal estricta que establece su artículo 19 N°7 letra a) en materia de libertad personal, y la afectación al principio de igualdad ante la ley, que emana de su artículo 19 N°2, por lo que esta norma debe eliminarse del proyecto.

5.3 Consideraciones particulares respecto del numeral 5°

La inconstitucionalidad de esta norma del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) radica en una doble infracción a la Carta Fundamental en materia de libertad personal, y la afectación al principio de igualdad ante la ley, no solo de conformidad a las consideraciones generales expuestas, sino que también por las particularidades de este numeral 5°.

Conforme a lo dispuesto por el numeral impugnado en particular, la autoridad contralora de frontera podrá impedir el ingreso al territorio nacional a los extranjeros que: *“Realicen declaraciones o porten elementos que acrediten que el motivo de su viaje difiere de aquél para el cual se obtuvo la visa correspondiente o se solicitó el ingreso al país.”*

En la hipótesis normativa contemplada en el numeral 5°, se somete al extranjero a un control moral por parte de las policías en frontera, lo que resulta muy riesgoso desde el punto de vista de la interdicción de la arbitrariedad que emana del principio de no discriminación arbitraria. El juicio sobre las intenciones de un extranjero que pueda hacer la autoridad policial al momento de controlar su ingreso al país, fundado en la mera apreciación subjetiva y no en el cumplimiento de requisitos objetivos debería evitarse si no se quiere exponer a los extranjeros a revisiones innecesarias y abusos.

Al tratarse de una causal de prohibición de ingreso facultativa para la autoridad, entrega a su discreción la posibilidad de aplicar la sanción en caso de identificarse alguno de los supuestos enumerados en el proyecto. Sin embargo, la causal contemplada en este numeral representa claramente un concepto jurídico indeterminado que resulta peligroso en la práctica ya que va más allá de la facultad discrecional de la autoridad administrativa, donde no es permisible una completa libertad para su apreciación y determinación de la aplicación de la medida.

Tal como se identifica en el Mensaje del Proyecto, la migración regular permite asegurar un adecuado control, manteniendo la seguridad nacional como un criterio informador de toda la legislación migratoria. En este sentido, el control de ingreso se concibe como la clave para una migración ordenada.

Sin embargo, para el numeral 5° tampoco es posible identificar de qué modo el legislador protege la seguridad nacional. Lo propio de la discrecionalidad administrativa dice relación con la elección entre indiferentes jurídicos para determinar el objeto que constituye la causal, no así para determinar el motivo que está detrás de la sanción, como pretende este numeral.

El solo hecho de valoración que realice el oficial contralor de frontera, relacionado con los motivos que declara la persona extranjera para ingresar al país, no puede constituir un fundamento suficiente para adoptar una medida tan grave como es la prohibición de ingreso al país, sin afectar derechos fundamentales como la libertad individual, igualdad ante la ley o la exigencia de una investigación y un procedimiento racional y justo, consagrado en el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Sobre todo, al contemplarse la posibilidad de prohibición de ingreso para alguien que ya hubiera obtenido un permiso o visa otorgado por la autoridad migratoria nacional debidamente tramitado conforme al resto del articulado del proyecto, en base a una apreciación subjetiva de sus motivos.

En la hipótesis contemplada en este numeral, la decisión de la autoridad se basa en las conjeturas realizadas por el agente policial que revise si cumple o no con los requisitos de ingreso al país, sin poder ser objetado en los hechos. Parece del todo improbable certificar la existencia de una falsedad en los motivos migratorios de una persona basándose solamente en las declaraciones que realice u objetos que porte al momento de presentarse ante la autoridad para ingresar al país, sin la existencia de un mínimo procedimiento que lo determine.

El numeral impugnado no puede sino vulnerar además la garantía constitucional del debido proceso, teniendo a la vista lo establecido en el artículo 19, numeral 3°, inciso 6° de la Constitución, que lleva a concluir que el proceso migratorio debe tener como punto de partida la presunción de inocencia del migrante y la autoridad debe garantizar un trato acorde a dicha presunción. Lo anterior, se ve reforzado por lo establecido en los artículos 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En virtud de lo expuesto tanto en las consideraciones generales y particulares a este numeral, la inconstitucionalidad de esta norma del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) radica en una doble infracción a la Carta Fundamental: la vulneración al principio de reserva legal estricta que establece su artículo 19 N°7 letra a) en materia de libertad personal, y la afectación al principio de igualdad ante la ley, que emana de su artículo 19 N°2, por lo que esta norma debe eliminarse del proyecto.

5.4 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional:**

(i) el precepto contenido en el numeral 4° del artículo 33 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06); y

(ii) el precepto contenido en el numeral 5° del artículo 33 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06);

de modo que no puedan convertirse en ley.

6 Artículo 117, inciso 8°, segunda parte: infracción a la igualdad ante la ley y al debido proceso

El artículo 117 consagra el ilícito migratorio consistente en el “empleo de extranjeros sin autorización” para trabajar, esto es, de quienes no posean un permiso de residencia que les permita el desarrollo de un trabajo remunerado y tampoco hayan obtenido, de la autoridad migratoria, un permiso especial para hacerlo. Los incisos 2° al 6° establecen sanciones pecuniarias para el empleador. El inciso 7° explicita el hecho de que el empleador no puede utilizar la situación migratoria del trabajador para excepcionarse del cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales. El inciso 8° prevé para los casos de reincidencia, conteniendo dos normas: (i) un agravante que obliga a la sanción con la multa más alta y (ii) la imposición de una prohibición de contratación con el Estado por tres años. Por último, el inciso 9° contempla una norma destinada a garantizar la indemnidad de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos, eximiéndoles de la sanción que les cabría por trabajar sin autorización cuando denuncien a su empleador por incumplimientos de la legislación migratoria, laboral u otra.

Es la norma contenida en la segunda parte del inciso 8° (la imposición de una prohibición de contratación con el Estado por tres años) la que se impugna en este requerimiento, por

considerarse desproporcionada y atentatoria contra las normas del debido proceso. Transcribimos el artículo completo a continuación, ennegreciendo únicamente la parte impugnada.

“Artículo 117.- Empleo de extranjeros sin autorización. Para efectos de las sanciones más abajo indicadas, los empleadores personas naturales o jurídicas que contraten a extranjeros que no estén en posesión de algún permiso de residencia o permanencia que los habilite para trabajar, o no se encuentren debidamente autorizados para ello, se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa de acuerdo a lo establecido en el artículo 505 bis del Código del Trabajo.

Las micro empresas serán sancionadas con multa de una a veinte unidades tributarias mensuales.

Las pequeñas empresas serán sancionadas con multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales.

Las medianas empresas serán sancionadas con multa de treinta a cien unidades tributarias mensuales.

Las grandes empresas serán sancionadas con multa de setenta a doscientas unidades tributarias mensuales.

Las referidas multas se aplicarán por cada extranjero contratado en las condiciones señaladas en el inciso primero.

Las multas y sanciones que asuma el empleador serán sin perjuicio de su obligación de cumplir con todas las obligaciones laborales y de seguridad social que establezca la legislación.

En caso de reincidencia en el período de dos años, contado desde la aplicación de la respectiva sanción, será castigado con aplicación de la multa en su valor máximo según lo indicado en el artículo 123. **Además, el empleador que sea sancionado reincidentemente en los términos del presente artículo podrá ser castigado con la prohibición de contratar con el Estado por un periodo de hasta 3 años.**

Los extranjeros que trabajaren sin autorización conforme a lo dispuesto en el inciso primero, no serán sancionados por éste hecho en caso de que efecturen en contra de su empleador, denuncias por incumplimiento de la legislación migratoria, laboral o de cualquier otra naturaleza ante el Servicio, la Dirección del Trabajo, Tribunales de Justicia o cualquier otro órgano de la Administración del Estado.”

Como expondremos a continuación, esta sanción resulta desproporcionada, toda vez que afecta más a los trabajadores extranjeros que a los empleadores, actuando como un disuasivo general para la

contratación de trabajadores extranjeros; y a unos empleadores desproporcionadamente más que a otros (a aquellos que contratan habitualmente con el Estado).

6.1 Vicios de inconstitucionalidad

6.1.1 Vulneración de la máxima constitucional de razonabilidad, en tanto el precepto impugnado contiene una sanción desproporcionada (artículo 19 N°2)

La aplicación de la sanción dispuesta en la segunda parte del inciso 8° implica una flagrante y especialísima vulneración al principio de proporcionalidad, en dos sentidos.

(i) En primer lugar, el precepto impugnado consagra una sanción de prohibición de 3 años que resulta excesiva, especialmente teniendo en consideración el enorme universo de casos a que resultaría aplicable. En efecto, la norma aplicaría incluso para casos de empleo de personas que hayan incurrido en un mero retardo para renovar su permiso o de aquellas que, habiéndolo solicitado a tiempo, no hayan obtenido de la autoridad migratoria (que habitualmente se encuentra sobrecargada) un permiso especial para trabajar durante la tramitación, sin tener en ello responsabilidad alguna (y, por supuesto, sin que la empresa tenga tampoco responsabilidad por ello).

(ii) En segundo lugar, el precepto en comento no resiste el análisis de proporcionalidad, toda vez que la medida resulta inidónea, innecesaria y desproporcionada, a pesar de intentar proteger intereses constitucionalmente legítimos. En efecto, de todas las opciones posibles para lograr un mayor cumplimiento de la normativa migratoria, se ha escogido una desproporcionadamente gravosa. Desproporcionadamente gravosa para las empresas que contraten con el Estado más habitualmente (en comparación con aquellas que no lo hacen). Desproporcionadamente gravosa también en relación con otras medidas similares de prohibición de contratación, como aquella contenida en el artículo 4° de la Ley N°19.880, que fija un plazo de 2 años e incluye como causal hechos notablemente más graves que la contratación de un trabajador irregular (como la comisión de delitos de fraude al fisco o incurrir en prácticas antisindicales). Desproporcionadamente gravosa, por último, en la medida que resulta más perjudicial para la población migrante en general que para la empresa culpable del ilícito. Precisamente, el efecto de esta medida será desalentar la contratación de extranjeros, sin distinción. Ello implicará, a su vez, que quienes resultarán afectados por la medida serán primera y principalmente los extranjeros. Adicionalmente, la inhabilidad de tres años aplicada como sanción a los empleadores no implicará un mayor cumplimiento de la normativa migratoria. No incidirá en una menor irregularidad

de la población extranjera, ni mucho menos servirá para asegurar la seguridad nacional ni el control de las fronteras. En otras palabras, la medida carecerá de efectos positivos y, por el contrario, producirá perjuicios desproporcionados.

Respecto del primero de los argumentos, en efecto, la norma impone una sanción que desborda los límites que debe respetar el legislador a la hora de perseguir y castigar a quienes cometen ilícitos, conforme a la Carta Fundamental, concretamente de acuerdo con el artículo 19 N°2 que proscribiera toda arbitrariedad. En este punto, la doctrina ha señalado que la distribución de penas y cargas debe efectuarse con criterios de igualdad y proporcionalidad, y la concreción práctica de estos criterios implica que las leyes procedan en forma justa y racional al establecer conductas y penas, de manera que exista entre unas y otras la debida correspondencia y simetría. Justamente, tendiente a evitar resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Así, “La proporcionalidad requiere, por consiguiente, que la conducta se describa con mayor precisión cuanto más grave sea la pena anunciada. Del mismo modo, según anota la doctrina, en la medida en que la reseña típica posea más amplitud, a fin de incluir comportamientos de muy diversa gravedad, la escala punitiva habrá de ser ampliada para permitir adecuar la sanción concreta a las diferentes manifestaciones de la actuación realizada, sopesando la magnitud de la infracción y las atenuantes del caso⁹¹”.

En este mismo sentido este Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado:

“TRIGÉSIMO: Que, afirmada la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas, como en la fijación de sus modalidades de cumplimiento, resulta que lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto (...) todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano (...)

⁹¹ María M. Ossandón Widow, La formulación de tipos penales, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 469-470, y Alex Van Weezel, La Garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Legal Publishing Chile, 2011, pp. 186-187

Las normas penales deben respetar los criterios y principios que contempla la Constitución, no pudiendo establecer discriminaciones arbitrarias. En STC N° 1584 se reconoce que a mayor gravedad del delito corresponde una pena superior. Por lo mismo, deben ajustarse a un criterio de proporcionalidad, dada la intensidad de la afectación de derechos fundamentales que su aplicación provoca. (...) de lo cual, cabe concluir que a esta Magistratura sólo le incumbe pronunciarse sobre la proporcionalidad de una sanción penal en casos de extrema gravedad en que se pueda concluir que se está en presencia de una discriminación arbitraria explícita o encubierta⁹².”

La hipótesis fáctica de aplicación de la norma propuesta consiste en la reincidencia en la contratación de personas extranjeras (bastaría con una persona) sin permiso de residencia o autorización especial para trabajar. El castigo – la inhabilidad para contratar con el Estado por 3 años – excede con creces la gravedad de los hechos a los que la norma atribuye la antijuridicidad. La norma contenida en el inciso 8° infringe el principio de proporcionalidad, ya que la misma alude en términos muy generales los hechos en base a los cuales se podría imponer esta sanción, siendo contraria entonces a los estándares propios de una legislación que debe estar sujeta a al principio de proporcionalidad.

En efecto, el espectro de casos a que podría aplicarse esta sanción incluye tanto a empleadores que contraten a extranjeros a sabiendas de su situación irregular, como a quienes lo hagan sin conocer esta situación. Incluye tanto a empleadores que contrataren a trabajadores extranjeros que desde el comienzo se encontraban en situación irregular, como a aquellos que simplemente continúen empleando a extranjeros luego del vencimiento de su permiso de residencia. Incluye tanto a empleadores que contraten a extranjeros que jamás podrían salir de la irregularidad, como a aquellos que contraten a extranjeros que estén en proceso de regularizar su situación migratoria, sin haberlo conseguido aún. Incluye tanto a empleadores que contraten a una gran cantidad de extranjeros en situación irregular, como a aquellos que contraten sólo a uno. Incluye tanto a los empleadores que sean sancionados frecuentemente por el ilícito migratorio (mostrando cierto grado de contumacia), como a aquellos que hubieren sido sancionados sólo dos veces dentro del período de dos años que dispone la causal. El proyecto de ley no distingue entre ninguna de estas situaciones. La sanción de inhabilidad para contratar con el Estado podrá ser la misma – de 3 años – para todos estos casos. Adicionalmente, el precepto impugnado no contempla una obligación para la Administración de

⁹² STC N°2022.

ponderar ninguno de estos factores. Simplemente dispone la aplicación de la misma sanción para todo reincidente.

En este contexto no cabe duda alguna dicha sanción de inhabilidad es completamente desproporcionada, resultando que no es lógico ni justo que, frente a una infracción como la descrita, el reincidente se haga además acreedor de una condena adicional a una multa, que le significará la imposibilidad de poder concurrir a licitaciones respecto de contrataciones administrativas por un período de tres años, sin tener en consideración que en muchos casos esta resulta ser la única fuente de ingresos de los posibles sancionados.

Resulta pertinente en este punto referirnos a la jurisprudencia de este Excmo. Tribunal Constitucional respecto de la sanción contenida en la segunda parte del inciso 1° del artículo 4° de la Ley N° 19.886 Sobre Compras Públicas. Dicha norma contempla una sanción de inhabilidad de contratación con el Estado de 2 años para los empleadores que *sean condenados* por (a) vulneración de derechos fundamentales de sus trabajadores, (b) prácticas antisindicales ó (c) comisión de alguno de los delitos concursales contemplados en el Código Penal. La similitud entre ambas normas es evidente – ambas implican la imposición de una prohibición de contratación con el Estado por un plazo fijo –, así como sus diferencias – la sanción del proyecto de ley de migraciones es más gravosa (3 años), los hechos que la fundan serían acreditados por la autoridad administrativa (no por un tribunal de justicia) y la conducta sancionada (contratar por segunda vez a trabajadores extranjeros en situación irregular) parece mucho menos grave que aquellas sancionadas por la Ley N°19.886 (al menos que las prácticas antisindicales y los delitos concursales).

Respecto de la inhabilidad de la Ley sobre Bases de Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, esta Excma. Magistratura ha resuelto:

“DÉCIMO TERCERO: En razón de la garantía de igualdad ante la ley, la jurisprudencia de esta Magistratura ha determinado que el legislador se encuentra impedido de tratar a sus distintos destinatarios de manera indiscriminada, ya que la igualdad ante la ley consiste en que sus normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación, pero, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas. Esa misma jurisprudencia reitera que, acorde con el inciso segundo del referido artículo 19, N° 2°, si es que deben hacerse diferencias entre iguales, éstas no pueden ser arbitrarias, esto es,

sin fundamentos o por motivos ajenos a la cuestión (STC roles N°s 53, considerando 72°; 1502, considerando 11°; 1535, considerando 33°, y 2888, considerando 22°, entre varias).

(...)

DÉCIMO QUINTO: La inconstitucionalidad del precepto contenido en el inciso 1° del artículo 4° de la Ley N° 19.886 se manifiesta, fundamentalmente, en tanto aquel obsta participar a todos los empleadores condenados por igual, con independencia de su comportamiento individual y sin atender a que puedan haber cumplido el respectivo fallo condenatorio, en su oportunidad. La disposición, entonces, opera con desaprensión a las particulares circunstancias, que pueden constituir como diverso un caso respecto de otro, imponiendo un tratamiento idéntico en todo evento. Pese a que pueden cometerse infracciones no iguales –desiguales - la respuesta del legislador, materializada en la norma impugnada, es y será siempre la misma. En este sentido, esta Magistratura ha entendido que “la disposición cuestionada desborda los límites que debe respetar el Legislador a la hora de perseguir y castigar a quienes cometen ilícitos, conforme a la Carta Fundamental. Por cuanto, cualquiera sea la naturaleza o entidad de la falta cometida, con prescindencia absoluta de su extensión o gravedad, siempre e ineluctablemente la disposición legal objetada da lugar a esa sanción única de obstrucción contractual durante el lapso inamovible e invariable de dos años” (STC Rol N° 3750, c. 9°).

DÉCIMO SEXTO: De este modo, no escapa a esta Magistratura que el precepto impugnado se presta para abusos por ser insuficiente a efectos de asegurar que la medida de castigo no trascienda la gravedad de los hechos cometidos. Lo anterior, en tanto describe una conducta amplísima, que no individualiza por sus características propias cuáles son en sí mismos los hechos concretos que se valoran por sus repercusiones negativas (“prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador”). Por ello, este Tribunal ha considerado que la norma es susceptible de aplicación indiscriminada, pudiendo llegar hasta abarcar actuaciones de ínfima significación o apenas reconducibles a su formulación genérica, a las que se ha de aplicar una sanción única e inexorable, prevista con un rigor que otras normas reservan para los crímenes más graves, como se ha apuntado precedentemente (la “exclusión” por dos años del sistema de contratación administrativa señalado) (STC Rol N° 3750, c. 10°). 0000298 DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO 12 Lo dicho exhibe prístinamente que la norma trata igual, con una misma y única pena, a quienes pueden haber cometido infracciones muy desiguales.

Aquello infringe el derecho a ser sancionado, siempre en directa relación con la conducta efectivamente realizada”.⁹³

Los abogados que patrocinarán este requerimiento – al igual que los Excmos. Ministros de este Tribunal Constitucional – tienen opiniones diversas respecto de la jurisprudencia que desde 2018 se ha ido asentando ante esta Excelentísima Magistratura sobre la sanción de inhabilidad de la Ley N°19.886. Sin perjuicio de lo anterior, pareciera que si la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado desproporcionada la inhabilidad de dos años contenida en el artículo 4°, con mayor razón debiera resultar aquella que pretende incorporarse a través de la segunda oración inciso 8° del artículo 117 del Proyecto de Ley en análisis.

Por otro lado, la sanción – que consiste en prohibir hasta por 3 años a de contratar con el Estado a aquellas empresas que reincidan en la contratación de extranjeros sin permiso de residencia o permiso para trabajar – resulta desproporcionada a la luz del propio artículo analizado. Justamente, los incisos anteriores contemplan diversos estándares de valoración necesarios al momento de sancionar a quienes contraten a extranjeros en situación irregular, teniendo presente que la misma norma al momento de señalar las multas distingue entre micro, pequeña, mediana y gran empresa, como condición precedente para la interposición de una sanción. En otras palabras, la sanción contemplada en la segunda oración del inciso 8° impugnada no sólo no contempla una gradación en razón de la gravedad del ilícito migratorio (aplicando por igual a toda la serie de hipótesis enumeradas más arriba), sino que tampoco contempla una diferencia en razón del sancionado. Esto redundante, también, en que el impacto económico de la sanción podrá ser tremendamente distinto entre unos empleadores y otros, perjudicando desproporcionadamente más a quienes contratan habitualmente con el Estado.

Adicionalmente, es importante hacer presente que no se percibe el fin legítimo de la sanción que busca la inhabilidad de las empresas reincidentes para contratar con el Estado, si el mismo artículo dispone penas pecuniarias ante el incumplimiento de la legislación migratoria, fin que debe analizarse como condición necesaria para la realización de un test de proporcionalidad de la medida antes indicada. En efecto, no es posible identificar qué beneficio (para el respeto de la ley migratoria) agrega la sanción de la segunda parte del inciso 8° al imponer un castigo adicional.

⁹³ STC 8294 cc. 13, 15 y 16. En el mismo sentido: STC 3570, STC 3702, STC 5267, STC 4836, STC 4722, STC 5180, STC 4800, STC 4078, STC 3978, STC 4843, STC 5484, STC 5360, STC 5695, STC 5912, STC 6085, STC 6073, STC 6513, STC 7259, STC 7516, STC 7626, STC 7635, STC 7785, STC 7777, STC 7778, STC 7584, STC 7753, STC 8002.

6.1.2 **Infracción al debido proceso y excesiva discrecionalidad en la aplicación de la sanción (artículo 19 N°3)**

Además, dicha norma transgrede las normas del debido proceso, en tanto, la sanción al reincidente, consistente en la prohibición de contratación con el Estado por un plazo de 3 años, es aplicable sin la existencia en un procedimiento en el cual el sancionado pudiese tener el derecho a ser oído y a presentar las pruebas que estime pertinentes a efecto de diseñar su estrategia de defensa. Este Excmo. Tribunal ha señalado en relación con este punto:

“TRIGÉSIMO. Que, dicho precepto consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos⁹⁴.”

Por lo que es claro que el legislador debe propender siempre a establecer las instancias mediante las cuales los administrados puedan plantear su defensa ante la formulación de cargos y la imposición de posibles sanciones.

6.2 **Peticiones concretas**

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional la segunda oración del inciso 8° del artículo 117 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)** – que establece “Además, el empleador que sea sancionado reincidentemente en los términos del presente artículo podrá ser castigado con la prohibición de contratar con el Estado por un periodo de hasta 3 años.” –, de modo que no puedan convertirse en ley.

⁹⁴ STC 376.

7 Artículo 127, numeral 6°, la expresión “al efectuar cualquier declaración ante las autoridades chilenas o”: infracción de la reserva legal en materia de libertad personal (art. 19 N°7 letra b), de la garantía del contenido mínimo (art. 19 N°26) y del principio de proporcionalidad (art. 19 N°2)

El artículo al que pertenece el precepto impugnado forma parte del Título VIII “De la expulsión y el retorno asistido”. Precisamente, el artículo 127 contempla las causales de expulsión de los extranjeros con permiso de permanencia transitoria. Entre las causales que dispone, se encuentra el hacer ingreso al país hallándose afecto a causales de prohibición, cometer delitos en el país, no dar cumplimiento oportuno a una orden de abandono, incurrir en sobreestadía del permiso transitorio, entre otras. El numeral 6°, sin embargo, permite expulsar a quienes hayan efectuado declaraciones falsas, sea para obtener un beneficio migratorio, o “al efectuar cualquier declaración ante las autoridades chilenas”. Es esta segunda expresión la que se impugna en el presente requerimiento. Transcribimos a continuación el artículo completo, resaltando exclusivamente aquella parte impugnada:

“Artículo 127.- Causales de expulsión en caso de permanencia transitoria. Son causales de expulsión del país para los titulares de un permiso de permanencia transitoria y para aquellos que carezcan de un permiso que los habilite para residir legalmente en el país, exceptuando los casos señalados en el inciso séptimo del artículo 131, los que se regirán por dicha norma, las siguientes:

1. Ingresar al país no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en el artículo 32, con excepción de lo dispuesto en el N°2 de dicho artículo, salvo que respecto a las primeras se hayan verificado las excepciones consignadas en el artículo 29.
2. Incurrir durante su permanencia en el país en alguna de las causales del artículo 32, con excepción de la señalada en el número 2 de dicho artículo.
3. No haber dado cumplimiento a la orden de abandono del país señalada en el artículo 91, dentro del plazo fijado por resolución del Director Nacional del Servicio.
4. Encontrarse en Chile no obstante haber vencido su permiso de permanencia transitoria.
5. Reincidir en la conducta de ejercer actividades remuneradas sin tener autorización o estar habilitado para ello, habiendo sido sancionado previamente por esta misma conducta.
6. Efectuar declaraciones falsas, adulteración o falsificación en cualquier clase de documento **al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o** para obtener un beneficio migratorio para sí o para un tercero.”

La desproporción contenida en este precepto es evidente. La indeterminación de la conducta material sancionada es casi absoluta. *Cualquier* gestión ante las autoridades chilenas no delimita – como lo ordena la reserva legal – la conducta sancionada. A diferencia de lo que ocurre con la última parte del enunciado normativo (“para obtener un beneficio migratorio para sí o para un tercero”) y con las hipótesis de los numerales anteriores, en que la naturaleza de la infracción justifica también la naturaleza de la sanción, el precepto impugnado sanciona conductas que nada tienen que ver con el ámbito migratorio ni puede discernirse de qué modo contribuyen a salvaguardar la seguridad nacional.

7.1 Vicios de inconstitucionalidad

Este Excmo. Tribunal Constitucional ha fallado en ocasiones anteriores que nuestra Ley Fundamental no distingue entre extranjeros y chilenos en cuanto a la titularidad del derecho a la libertad personal, específicamente en su dimensión de derecho a residir en el país. Por ello, es sólo el *ejercicio* de este derecho, por parte de los extranjeros, el que puede ser restringido o regulado; cumpliendo, en todo caso, con los mismos límites que impone la Constitución para la restricción y regulación del derecho de los chilenos (cfr. STC 2273, c. 38 y 40). Estos límites son la reserva legal y la proporcionalidad. Existen, pues, dos vicios de inconstitucionalidad en la norma. Por un lado, hay una infracción de la reserva legal y la garantía del contenido esencial en materia de libertad personal y ambulatoria. Por otro, una infracción de la proscripción de la arbitrariedad y la máxima de razonabilidad.

Respecto del primero de estos vicios – la infracción de la reserva legal y la garantía del contenido mínimo –, tal y como hemos expuesto más arriba (apartados II.2 y II.3), esta Excmo. Magistratura ha considerado que el cumplimiento de la reserva legal (contenido de manera general en los artículos 32 N°6 y 63; y de manera específica para este caso en los artículos 19 nos. 7 y 26) exige una regulación legal suficiente, esto es, determinada y específica. “No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica” (STC 370, c. 19°).

Adicionalmente, como también hemos señalado al inicio de este escrito, la reserva legal en materia de limitación de la libertad personal es, en virtud del artículo 19 N°7 letra b), una *reserva absoluta*, toda vez que la Constitución emplea un lenguaje categórico en el llamamiento al legislador para

configurar los límites del derecho: “*Nadie* puede ser privado de su libertad personal *ni esta restringida*, sino en los *casos y forma determinados* por la *Constitución y las leyes*”. En efecto, el texto del artículo devela una especial preocupación, no sólo por la distribución de competencias para restringir el derecho (que asigna exclusivamente a la Constitución y las leyes); sino también por la *determinación* de las causales de restricción, que deben serlo tanto en la hipótesis fáctica de procedencia de la restricción, como en la forma (procedimiento, autoridad, etc.) por la que se materialicen.

La infracción de estas reglas por el precepto impugnado resulta, pues, evidente. En efecto, el enunciado normativo, que consagra como causal de expulsión (privación de la libertad personal) el haber realizado declaraciones falsas *al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas*, carece de la determinación exigida por la Constitución. Ello, toda vez que la conducta sancionada resulta excesivamente amplia, pudiendo *cualquier* gestión, ante *cualquier* autoridad, resultar en una sanción tan grave como lo es la expulsión del país, aparejada de una prohibición de ingreso de al menos tres años.

Esto nos lleva al segundo vicio de inconstitucionalidad. La intensidad de la afectación de la libertad personal (que, en los hechos, corresponderá a una privación) es tal, que su aplicación para el caso dispuesto por el precepto impugnado (*cualquier* gestión ante *cualquier* autoridad) resulta absolutamente desproporcionada y, por ende, arbitraria (contraria al artículo 19 N°2). Lo anterior, por dos motivos.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los numerales anteriores, la conducta sancionada no reviste una entidad tal que justifique la privación de la libertad personal, mediante la expulsión aparejada de la prohibición de ingreso. En ese sentido, atenta contra la proporcionalidad en sentido estricto, del modo en que se ha venido utilizando el examen de proporcionalidad en reiteradas ocasiones por esta Excma. Magistratura, así como en las páginas anteriores de este escrito.

En segundo lugar, la sanción no cumple con los mandatos de necesidad ni idoneidad que también impone este principio. En efecto, no se ve de qué manera la expulsión de un extranjero, que haya efectuado una declaración falsa en *cualquier* gestión y ante *cualquier* autoridad (por ejemplo, fijar un domicilio distinto para obtener una licencia de conducir), puede redundar en una mayor protección de la seguridad nacional, ni tampoco llevar a un mayor cumplimiento de la normativa migratoria. En ese sentido, la falta de conexión entre la infracción (*cualquier* gestión, *cualquier* autoridad) y la sanción, devela su falta de idoneidad. Junto con ello, la sanción elegida (la expulsión con prohibición de ingreso)

resulta ser la vía más gravosa disponible. En efecto, las conductas sancionadas (realizar declaraciones falsas o adulterar/falsificar documentos) ya reciben sanción fuera del ámbito migratorio. Adicionar a estas sanciones la posibilidad de expulsión resulta en exceso gravoso.

Así las cosas, el precepto impugnado resulta también arbitrariamente discriminatorio. Efectivamente, puede comprenderse por qué la sanción de expulsión sería procedente si una persona realiza “declaraciones falsas, adulteración o falsificación en cualquier clase de documentos (...) para obtener un beneficio migratorio para sí o para un tercero”. Existe una conexión indudable entre la conducta sancionada y la sanción, así como una razonable expectativa de que (en abstracto) la norma pueda incidir en un mayor respeto por la normativa migratoria. Esto no ocurre cuando la sanción se extiende al “efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas”. Allí, entonces, el *único* motivo de la sanción adicional de expulsión con prohibición de ingreso es la nacionalidad del sancionado, toda vez que no existe otra razón legítima que pueda justificar esta sanción. En otras palabras, se ha utilizado una categoría sospechosa de discriminación – la nacionalidad – sin existir para ello una razón legítima suficiente que lo sustente. El precepto resulta, entonces, arbitrariamente discriminatorio (además de contrario a la reserva legal y desproporcionado).

7.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional la expresión “al efectuar cualquier gestión ante las autoridades chilenas o” contenida en el numeral 6° del artículo 127 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no puedan convertirse en ley.

8 **Artículo 131, inciso primero: infracción de la libertad personal, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y la garantía del contenido esencial**

El artículo 131 establece la llamada “reconducción inmediata”. Esta institución faculta a las policías a devolver a determinados extranjeros a su país de origen, sin necesidad de que se dicte una orden de expulsión a su respecto y sólo permitiéndoles reclamar contra la medida desde el extranjero). De todas

las hipótesis de reconducción, es aquella contenida en el inciso 1° la que adolece de vicios de inconstitucionalidad, toda vez que permite que cualquier extranjero que haya hecho reingreso encontrándose vigente su orden de expulsión, sea expulsado nuevamente por la policía, *sin necesidad de que se dicte una nueva orden de expulsión* y sin límite de tiempo. Para una más fácil lectura, transcribimos el artículo en su totalidad, ennegreciendo sólo el inciso 1° impugnado:

“Artículo 131.- Reconducción o devolución inmediata. El extranjero que ingrese al país mientras se encuentre vigente la resolución que ordenó su expulsión, abandono o prohibición de ingreso al territorio nacional será reembarcado de inmediato o devuelto a su país de origen o de procedencia en el más breve plazo, y sin necesidad que a su respecto se dicte una nueva resolución, válidamente notificada.

Asimismo, el extranjero que sea sorprendido por la autoridad contralora intentando ingresar al territorio nacional eludiendo el control migratorio, ya sea por pasos habilitados o no, o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, contraviniendo la prohibición de ingreso del número 3 artículo 32, previa acreditación de su identidad, será inmediatamente reembarcado o reconducido a la frontera, según corresponda, debiendo en este último caso informar a la autoridad contralora del país vecino colindante al paso fronterizo por el cual se intentó el ingreso y estableciéndose a su respecto una prohibición de ingreso provisoria de 6 meses.

La autoridad contralora informará de ello al Servicio para que éste determine el tiempo que durará la prohibición de ingreso de conformidad al artículo 137. En caso de que dicha prohibición y su duración no sea dictada por el Servicio dentro de los siguientes seis meses de producido el hecho, la prohibición provisoria señalada en el inciso anterior quedará sin efecto de pleno derecho.

Las medidas de reconducción o reembarco serán recurribles desde el exterior ante el Servicio, mediante presentación efectuada por el extranjero ante los consulados chilenos, desde donde se hará llegar a éste. El plazo para presentar el recurso será de quince días, a contar del momento de la notificación de la medida. Con todo, la interposición de este recurso no suspenderá la aplicación de la resolución de reconducción. Ello, sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan.

El extranjero que se encuentre en la frontera en situación de ser reconducido o reembarcado tendrá derecho a ser oído por la autoridad contralora previo a la ejecución de la medida, a ser informado del procedimiento de reconducción o reembarco al que será sometido y los recursos

procedentes contra el mismo, a comunicarse con sus familiares que se encuentren dentro del territorio nacional, y a ser asistido por un intérprete conforme al artículo 5.

No se reembarcará a las personas que presenten indicios de ser víctimas de trata de personas, secuestro o cualquiera otro delito que ponga en riesgo su vida. Para estos efectos se tendrá siempre en cuenta lo establecido en la ley N°20.430.

Tampoco se reembarcará o devolverá a los extranjeros que sean sorprendidos de manera flagrante en la perpetración de un delito o sean requeridos o deban permanecer en el país por orden de los tribunales de justicia chilenos, en cuyo caso deberán ser puestos inmediatamente a disposición de éstos.

Los extranjeros reconducidos o reembarcados conforme a este artículo deberán ser informados por escrito de los fundamentos de la medida aplicada, debiendo dejarse la constancia administrativa correspondiente, de conformidad al artículo 34.”

En otras palabras, la norma permite que se produzcan privaciones del derecho a la libertad personal sin que la autoridad migratoria tenga siquiera que dar razones de por qué expulsa nuevamente. A diferencia de lo que sucede cuando se dicta una orden de expulsión, al efectuar una reconducción/devolución inmediata la policía no evaluará factores importantes como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la unidad familiar, el arraigo, etc. Tampoco la eventual existencia de indicios de refugio. Adicionalmente, el control sobre estos actos se dificulta en extremo, pudiendo el extranjero sólo interponer recursos *ex post* y desde el exterior. Todo ello resulta contrario al derecho a la libertad personal, al debido proceso y a la igualdad.

8.1 Vicios de inconstitucionalidad del precepto impugnado

La norma impugnada se encuentra contenida en el Título VIII “De la Expulsión y el Retorno Asistido” del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06), dentro del cual se define la medida de expulsión de personas extranjeras desde el territorio nacional, se establece sus causales, consideraciones, y la forma de disponer la medida, entre otras disposiciones. Entre los artículos que componen este título para desarrollar la sanción más gravosa que contempla el proyecto, la expulsión, se incluye un artículo (132) relativo al procedimiento de retorno asistido para aquellos niños, niñas o adolescentes extranjeros no acompañados o separados, que deban salir del país.

Este artículo establece las distintas hipótesis en se debe encontrar una persona extranjera para ser reembarcada de inmediato o devuelto por la autoridad a su país de procedencia, sin necesidad de que a su respecto dicte una nueva resolución de expulsión. Así, se faculta a la autoridad para expulsar,

sin más trámite, a quienes ingresen al país sin perjuicio de encontrarse vigente a su respecto una orden de: expulsión; abandono, o prohibición de ingreso.

La inconstitucionalidad del inciso primero de esta norma del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06) radica en una infracción a la Carta Fundamental en materia de afectación al principio de libertad individual y seguridad personal, consagrada en su artículo 19 N°7; la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales y el derecho a defensa y asesoría jurídica, consagrados en su artículo 19 N°3, inciso 1° y siguientes; y la protección del núcleo esencial de los derechos, contemplada en su artículo 19 N°26, en base a los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar, resulta necesario tener presente que las hipótesis del inciso primero de este artículo (tener una orden de expulsión, abandono y prohibición de ingreso vigente) ya están reguladas como causales de prohibición de ingreso y de expulsión en el Proyecto de Ley. De esta forma, el artículo 32°, numeral 4°, establece como causal imperativa de prohibición de ingreso al país, el caso de la persona extranjera que “tenga registrada una resolución de prohibición de ingreso o una orden de abandono o expulsión firme y ejecutoriada, y que se encuentre vigente, ya sea de origen administrativo o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida. Más adelante, al artículo 127°, numeral 1°, establece como causal de expulsión del país para quienes sean titulares de permanencia transitoria y hubieren ingresado al país “no obstante configurarse a su respecto una causal de prohibición de ingreso de las señaladas en el artículo 32 (...)", al igual que lo hace el artículo 128°, numeral 1° para quienes sean residente.

Lo anterior, deja ver que el tratamiento diferenciado que realiza el legislador mediante el artículo impugnado carece de justificación razonable, resultando no solo absolutamente inidónea y desproporcionada su inclusión en el articulado, sino que también contraria a principios básicos que rigen nuestro procedimiento administrativo. Mediante la eximición expresa a la autoridad de la obligación de emitir una resolución fundada para proceder a la devolución o reconducción, el inciso primero de este artículo suprime las garantías de debido proceso que establece nuestro ordenamiento jurídico para todas las personas que se encuentren en el territorio nacional.

Así también, este inciso resulta contrario a lo que dispone el artículo 11° de la ley 19.880 de Procedimiento Administrativo, al disponer que “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten,

restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos. Además, se infringe el artículo 50 ley 19.880 establece “La Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico⁹⁵. Al respecto, la jurisprudencia administrativa nacional ha estimado que “(...) los actos jurídicos que las autoridades administrativas dotadas de potestades de ejecución llevan a cabo en uso de sus potestades, se deben revestir de ciertas formas sin las cuales no tendrían expresión externa” y, en relación con ello, se considera que la escrituración “(...) es un sistema de garantía para las personas y un sistema de control de la administración. Así, la escrituración debe ser considerada la regla general para la toma de decisiones de la autoridad administrativa, al decidir sobre la afectación de derechos de los particulares, y cualquier excepción a esta regla, debe ser razonada, idónea y proporcional.

A mayor abundamiento, tal como lo ha señalado la Corte Suprema al Congreso Nacional durante la tramitación legislativa del proyecto, a lo largo del articulado se generan distintas formas de afectación del derecho a la libertad personal y seguridad personal, similares a las que produce la medida de expulsión, sin que se establezca expresamente respecto de estas la posibilidad de presentar recursos judiciales, y sin que se explicita la posibilidad de recurrir de amparo, como ocurre en el artículo impugnado⁹⁶.

La falta de un acto administrativo formal que ordene la devolución o reconducción potencialmente podría generar una situación de indefensión, vulnerándose así el principio de igual protección que la ley debe a todas las personas en el ejercicio de sus derechos (Artículo 19, N°3 de la Constitución) pues se tratará sólo de un acto material que difícilmente podrá ser objeto del sistema de recursos administrativos de la ley 19.880 y la tutela judicial por la vía ordinaria. Esto, ya que la redacción propuesta dificulta la revisión administrativa o judicial de la medida en caso de que esta carezca de fundamento legal o sea arbitraria, por ejemplo, en aquellos casos que los tribunales superiores de justicia hubieran dejado sin efecto una medida de expulsión vigente al resolver un recurso de amparo, sin que la autoridad administrativa hubiese acatado esta decisión o no hubiera tenido conocimiento de

⁹⁵ Informe Corte Suprema – Oficio N°90-2020 de 19 de mayo de 2020.

⁹⁶ Informe Corte Suprema – Oficio N°90-2020 de 19 de mayo de 2020.

la decisión judicial respectiva⁹⁷. Atendida la grave afectación de derechos que conlleva una medida de expulsión, esta debe ir acompañada siempre de los resguardos correspondientes para la igualdad ante la ley y el debido proceso, lo que no sucede en la redacción del artículo impugnado.

La procedencia del recurso previsto en el inciso 4° del artículo impugnado, incorporado durante la discusión legislativa, resulta contradictoria ya que permite que la reconducción o devolución se realice sin acto administrativo ni escrituración, pero luego, de todas formas, se deberá emitir un acto administrativo con los fundamentos de la decisión. Así también, dicho inciso que pretende incorporar medidas de cautela al debido proceso no parece desvirtuar en la práctica la vulneración de derechos señalada precedentemente, toda vez que al no ser necesario que la autoridad dicte una resolución que disponga esta medida, no es posible para la persona afectada siquiera tener certeza del plazo para efectuar sus descargos oportunamente.

Desde el punto de vista del debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el artículo impugnado atenta también contra el derecho al recurso judicial efectivo. En este sentido, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala 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”.

A mayor abundamiento, la Observación General N°15 del Comité de Derechos Humanos ha interpretado que: “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 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).”

⁹⁷ Informe Corte Suprema – Oficio N°90-2020 de 19 de mayo de 2020.

También debiera tenerse en cuenta lo informado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos respecto de esta norma, organismo que observó que “De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, “en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas” y, en el mismo sentido, se establece que “ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. Estas normas consagran obligaciones del Estado chileno en materia de no devolución y protección complementaria frente a las cuales es preciso analizar el contenido del artículo 131 que permite la reconducción o devolución inmediata. Los términos actuales del citado artículo no permiten a la persona extranjera solicitar protección a un tercer Estado y obtener autorización de ingreso a este por lo que, de esta forma, se desconoce el derecho a la protección complementaria – previsto en el artículo 10 del Proyecto de Ley- y el principio de no devolución”⁹⁸.

8.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional el inciso 1° (con exclusión del encabezado) del artículo 131 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no pueda convertirse en ley.

9 Artículo 132: infracción de la reserva legal, vulneración de los derechos de la infancia y transgresión de la competencia de los tribunales de justicia

El artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería se encuentra contenido en el Título VIII, denominado “De la expulsión y el retorno asistido”. Esta disposición regula la manera en que se

⁹⁸ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina Regional, Chile. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Boletín N° 8970-06. Tercer Trámite Constitucional. Comisión Mixta. P.5-6.

debería disponer la medida de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes (NNA), según se detalla a continuación:

“Artículo 132.- Retorno asistido de niños, niñas y adolescentes. Los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados y que no cuenten con la autorización del artículo 28 no podrán ser expulsados. Sin perjuicio de ello, podrán ser sujetos a un procedimiento de retorno asistido al país del cual son nacionales, coordinado por la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes. Las condiciones bajo las cuales se implementará dicho procedimiento serán establecidas en el reglamento. La decisión de retorno asistido, así como el procedimiento mismo, se realizará privilegiando el interés superior del niño, niña o adolescente y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto a sus derechos y garantías consagrados en la Constitución y en tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Este procedimiento deberá iniciarse en el plazo más breve posible, que en ningún caso podrá superar los tres meses desde el ingreso del niño, niña o adolescente no acompañado al territorio nacional.

El procedimiento de retorno asistido regulado en el reglamento se sujetará a los principios de interés superior del niño, derecho a ser oído, no devolución y demás principios aplicables.

Se le informará al niño, niña o adolescente de su situación y derechos, de los servicios a los que tiene acceso y del procedimiento de retorno al que será sometido, así como del lugar y condiciones en que se mantendrá en el país mientras no se realice el retorno.

Se notificará al consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente, de su ubicación y condiciones.

Asimismo, se promoverá la búsqueda de familiares adultos, tanto en el territorio nacional, como en su país de origen, en coordinación con el consulado del país de nacionalidad o residencia del niño, niña o adolescente.

El retorno asistido sólo podrá suspenderse por razones de fuerza mayor y deberá reanudarse una vez que dicha causa haya sido superada.

Los niños, niñas y adolescentes no acompañados o autorizados quedarán bajo la tuición de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras dura el procedimiento de retorno asistido. No podrá privarse de libertad a extranjeros niños, niñas y adolescentes para hacer efectiva esta medida.”

A pesar de que el artículo comienza declarando que niños, niñas y adolescentes no podrán ser expulsados del territorio nacional, lo cierto es que la norma consagra – bajo el nombre de “retorno asistido” – un procedimiento sustantivamente similar a la expulsión, sólo que no aparejado a una prohibición de ingreso, ni fundada en un reproche jurídico. En efecto, el artículo habilita a una autoridad administrativa (en este caso, la autoridad encargada de la protección de NNA) para que decida (entendemos, también por un acto administrativo) que una persona (niño, niña o adolescente no acompañado) deba abandonar el país, siendo precisamente el Estado quien ejecutará esta medida. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la expulsión propiamente tal, el procedimiento de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no se encuentra suficientemente regulado en el proyecto de ley. Es más, los incisos 1° y 2° contienen remisiones a un reglamento, para que defina el procedimiento mismo de retorno asistido, lo que a todas luces vulnera la reserva legal en materia de libertad personal.

Veremos, además, que contra lo que pueda sugerir el lenguaje de este precepto, la incorporación del artículo a nuestro ordenamiento jurídico no mejoraría la situación en que actualmente se encuentran los niños, niñas y adolescentes no acompañados. En efecto, actualmente situaciones para las que provee el precepto impugnado son resueltas en los juzgados de familia, es decir, tribunales con competencia y conocimiento específico en materias de protección de la infancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N°19.968. La reconducción desde el procedimiento judicial y hacia un procedimiento administrativo, normado a través de la potestad reglamentaria autónoma (sin una mínima delimitación legal), sin intervención de tribunales, ni mucho menos de un curador de menores; esta reconducción, decimos, difícilmente resulta más garantista o favorable a la tutela de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

9.1 Vicios de inconstitucionalidad del precepto impugnado

Entre los elementos problemáticos contrarios a la Constitución que se identifican en este artículo, se encuentran, en primer lugar, la ausencia de determinación de la autoridad encargada de decidir la medida de retorno asistido y la omisión de toda referencia a la intervención de los tribunales de familia, los que, de acuerdo al artículo 8° de la Ley N°19.968 son los órganos competentes para conocer y resolver *“todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección”*.

Esta omisión infringe, el artículo 76 de la Constitución, al desconocer la competencia que tienen los tribunales de familia en esta materia⁹⁹.

En este sentido, a través de las instrucciones impartidas por el Servicio Nacional de Menores, conforme a lo que se establece en su Oficio Circular N°04 de 2 de marzo de 2018 que “Informa política y procedimiento sobre la Gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, extranjeros o chilenos que se encuentren en el exterior o deban ser reunificados con familiares en el extranjero”, se ha interpretado adecuadamente que los tribunales de familia son los órganos facultados por ley para resolver y evaluar si procede disponer el retorno asistido de NNA, sólo si así lo exige el interés superior de los NNA que se encuentren en esta situación. En este escenario, el único rol que le cabe a la autoridad administrativa es colaborar con este fin, aportando los antecedentes que se requieran para resolver¹⁰⁰.

Pese a lo ya señalado, según informó la Corte Suprema durante la tramitación de este Proyecto de Ley, la norma impugnada *“no precisa qué mecanismo administrativo o judicial se establecerá para determinar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes no acompañados, ni la autoridad encargada de tomar una decisión al respecto”*. También la Excm. Corte precisó que *“la falta de claridad e imprecisiones de la norma observada en este apartado podría incidir en una posible desprotección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y, adicionalmente, podría constituir un incumplimiento de lo que dispone el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, que recoge el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, conforme a lo que ha*

⁹⁹ De esta omisión se desprende, en realidad, que el procedimiento que establece precepto impugnado pretende la exclusión absoluta de los tribunales de justicia, toda vez que, si se quisiera asignar esta competencia de manera específica, debiese hacerse por ley orgánica (en virtud del artículo 77) y si quisiera establecerse un procedimiento judicial especial, al menos debiera hacerse a través de una ley (en virtud de los artículos 19 N°3 y 63, todos de la Constitución Política de la República).

¹⁰⁰ De acuerdo con el Oficio Circular N°04 de 2 de marzo de 2018 de SENAME “Si el equipo técnico de un centro o programa, estima técnicamente pertinente evaluar la factibilidad de egresar al NNA con adultos relacionados que se encuentran residiendo en el extranjero, se deberá proponer al respectivo tribunal de familia el inicio de este proceso de localización y evaluación, en coordinación con la Unidad de Relaciones Internacionales, siendo relevante que el tribunal que conoce de la respectiva causa de protección sepa en qué consiste la realización de esta gestión”.

establecido al respecto el Comité de Derechos del Niño, órgano encargado de supervisar el cumplimiento de este tratado”.

Adicionalmente, la Corte Suprema sostuvo que “puede resultar problemático lo que dispone el inciso 3° de este artículo que precisa que los NNA “quedarán bajo el cuidado de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras se adopten las medidas de protección que ordene el tribunal competente”, en tanto que, para que un NNA pueda quedar bajo el cuidado de cualquier autoridad, se requiere de una resolución judicial que así lo ordene”.

UNICEF, al pronunciarse respecto de este Proyecto de Ley, planteó que esta disposición, además “va en contra de las políticas nacionales de niñez y adolescencia que se ha dado el país al establecer que los niños, niñas y adolescentes no acompañados o autorizados quedarán bajo la tuición de la autoridad encargada de la protección durante el procedimiento, sin considerar otras alternativas de cuidado. Cuando existe una vulneración de derechos, se deben revisar todas las alternativas posibles, como otros integrantes de la familia o familias de acogida. La internación de un niño o niña en una residencia debe ser siempre la última medida”¹⁰¹.

A mayor abundamiento, junto con no precisar la autoridad que adoptará la decisión de retorno asistido, cómo se determinará la tuición de NNA no acompañados, ni los recursos que procederán en contra de este tipo de decisiones, la norma impugnada entrega a un futuro reglamento la definición del procedimiento de retorno asistido de NNA, sin considerar que conforme a lo que dispone el artículo 19, N°3 de la Constitución corresponde “al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” y que, por tanto, sólo la ley puede establecer las garantías mínimas de debido proceso que la autoridad administrativa debe respetar en este tipo de decisiones en las que se pueden ver afectados seriamente derechos fundamentales de NNA en situación de vulnerabilidad.

En este sentido, UNICEF al emitir sus opiniones respecto de este Proyecto de Ley señaló que:

”[E]s fundamental que las garantías de todo debido proceso queden expresamente establecidas en la ley, como asimismo las descripciones de aquellas conductas que traen aparejadas sanciones para sus infractores. De lo contrario, se pueden afectar derechos fundamentales

¹⁰¹ <https://www.unicef.org/chile/comunicados-prensa/unicef-hace-un-llamado-respetar-los-est%C3%A1ndares-del-derecho-internacional-en-la>

mediante actos administrativos que dependan de la mera discrecionalidad de la autoridad migratoria. Alguno de los procedimientos que resulta fundamental regular vía legal son:

- *el permiso para acceder a los permisos de residencia o permanencia;*
- *el retorno asistido de menores de edad;*
- *todos los procedimientos sancionatorios administrativos y judiciales y*
- *el proceso de reunificación familiar*¹⁰².

Por su parte, para evidenciar las deficiencias de la norma impugnada que regula el retorno asistido de NNA, puede ser útil analizar comparativamente la regulación del artículo 132 con las garantías aplicadas en los procedimientos de expulsión de personas adultas, regulados en el Título VIII del Proyecto de Ley. De acuerdo con esta comparación, resulta evidente el deficiente reconocimiento de garantías procesales mínimas al regular el procedimiento de retorno asistido, sin considerar que al adoptar este tipo de decisiones, al igual que en la expulsión, podrían verse afectados gravemente los derechos a la libertad personal y ambulatoria de NNA en una situación de extrema vulnerabilidad.

Así se puede observar en la siguiente tabla:

| | | |
|--|---|---|
| | Regulación de la medida de expulsión | Regulación de la medida de retorno asistido de NNA no acompañados (art. 132) |
|--|---|---|

¹⁰² PROYECTO DE LEY DE MIGRACIONES Y EXTRANJERÍA, COMENTARIOS DE UNICEF. JULIO, 2018.
<https://www.unicef.org/chile/media/2781/file>

| | | |
|--------------------------------------|--|---------------|
| Fundamentación de la decisión | <p>Art. 126. Expulsión del territorio. La expulsión es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en el ordenamiento jurídico la ley para su procedencia.</p> <p>La medida de expulsión puede ser decretada por resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente, o por el tribunal con competencia penal, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico y, en especial, con lo dispuesto en la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.</p> | No se regula. |
|--------------------------------------|--|---------------|

| | | |
|--|---|---------------------|
| | <p>Artículo 129 (125).- Consideraciones.</p> <p>Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:</p> <ol style="list-style-type: none">1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión.2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener.3. La reiteración de infracciones migratorias.4. El período de residencia regular en Chile.5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar. | <p>No se regula</p> |
|--|---|---------------------|

| | | |
|--|---|---|
| | <p>7. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional.</p> | |
| <p>Autoridad que puede disponer la medida</p> | <p>Art. 126. Autoridad administrativa (Subsecretario del Interior o Director Nacional del Servicio Nacional de Migraciones) o tribunal con competencia penal.</p> | <p>No se indica la autoridad competente</p> |

| | | |
|--|--|------------------------|
| <p>Recurso judicial</p> | <p>Art. 142. Recurso judicial. El afectado por una medida de expulsión podrá reclamar por sí o por cualquier persona en su nombre, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, dentro del plazo de 10 días corridos, contado desde la notificación de la resolución respectiva.</p> <p>Dicho recurso deberá ser fundado y la Corte de Apelaciones respectiva fallará la reclamación en única instancia, en cuenta. La causa será agregada extraordinariamente a la tabla más próxima, gozando de preferencia para su vista y fallo, debiendo resolver el asunto dentro de tercero día. Su interposición suspenderá la ejecución de la orden de expulsión.</p> | <p>No se garantiza</p> |
| <p>Derecho a defensa jurídica</p> | <p>Art. 142. Los extranjeros afectados por una medida de expulsión tendrán derecho a la defensa jurídica a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, en igualdad de condiciones que los nacionales, de conformidad a las normas que las regulan.</p> | <p>No se garantiza</p> |

La falta de determinación del procedimiento de retorno asistido, la omisión de las atribuciones que le caben el respecto a los tribunales de familia y la ausencia de garantías de debido proceso en este tipo de procedimientos en los que se debería velar por el interés superior de NNA en situaciones de

extrema vulnerabilidad, obstaculizan, a su vez, el debido resguardo de su derecho a la integridad personal (art. 19, N°1 de la Constitución); su libertad personal y de circulación (19, N°7 de la Constitución) y el derecho a la protección judicial frente a la potencial afectación de estos derechos (art. 19, N°3 y 76 de la Constitución).

Sin considerar lo ya señalado, el texto legal impugnado obliga a la autoridad que adopte la decisión, indeterminada en el texto legal, a retornar al NNA “en el plazo más breve posible, que en ningún caso podrá superar los tres meses desde el ingreso del niño, niña o adolescente no acompañado al territorio nacional”. Asimismo, la norma establece que “El retorno asistido sólo podrá suspenderse por razones de fuerza mayor y deberá reanudarse una vez que dicha causa haya sido superada”. De esta manera, la norma impugnada no precisa que la medida de retorno asistido únicamente debiera decretarse en caso de que así lo exija el resguardo del interés superior del NNA no acompañado y que los tribunales de familia podrían resolver aplicar otras medidas de protección que correspondan, de acuerdo con lo que establece el artículo 8° de la Ley N°19.968.

También se debe destacar que la Defensoría de la Niñez durante la tramitación de este Proyecto de Ley alertó respecto de la deficiencia de la regulación de la medida de retorno asistido de NNA, recomendando “*que el retorno asistido no sea una decisión tomada de forma automática y que esta ley contenga normas mínimas del mismo, ya que hasta el momento se estaría normando a nivel reglamentario*”¹⁰³.

Adicionalmente, expertos de UNICEF, al referirse a esta norma, indicaron que “*la norma recientemente aprobada en la Cámara de Diputados, sobre retorno asistido de niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de su familia, no garantiza que las decisiones que se adopten sobre ellos sean guiadas por el principio del interés superior consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño*”¹⁰⁴.

¹⁰³ Defensoría de la Niñez. Oficio N°412. Remite observaciones a proyecto de ley de ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8.970-06).

¹⁰⁴ <https://www.unicef.org/chile/comunicados-prensa/unicef-hace-un-llamado-respetar-los-est%C3%A1ndares-del-derecho-internacional-en-la>

En este sentido, se debe considerar también lo que ha recomendado el Comité de Derechos del Niño al interpretar los artículos 8, 9, 12 y 20 de la Convención de Derechos del Niño a este respecto, conforme se detalla a continuación:

“El retorno al país de origen no entra en consideración si produce un "riesgo razonable" de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del menor y, en particular, si es aplicable el principio de no devolución. El retorno al país de origen sólo podrá contemplarse en principio si redundaría en el interés superior del menor. A fin de determinar esta circunstancia, se tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- La seguridad personal y pública y otras condiciones, en particular socioeconómicas, que encontrará el niño a su regreso, efectuando, en su caso, las organizaciones sociales un estudio sobre las condiciones en el país;*
- La existencia de mecanismos para la atención individual del menor;*
- Las opiniones del menor manifestadas al amparo de su derecho en virtud del artículo 12, así como las de las personas que le atienden;*
- El nivel de integración del menor en el país de acogida y el período de ausencia de su país de origen;*
- El derecho del menor a "preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares" (art. 8);*
- La "conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño" y se preste atención "a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (art. 20).”¹⁰⁵*

En línea con lo ya señalado, según se establece en el Oficio Circular N°04 de SENAME de 2 de marzo de 2018, actualmente: *“antes de proceder a la localización familiar o al retorno, debe prestarse especial atención a la posibilidad que el retorno del NNA lo ponga en una situación de riesgo mayor atendido a que el país o la zona del país a la que debe retornar se encuentra en situación de conflicto, desastre natural o presente cualquier situación de riesgo mayor atendido a que el país o la zona del país a la que debe retornar se encuentra en situación de conflicto, desastre natural o presente cualquier riesgo para su vida o integridad física. También debe prestarse atención a la opinión del NNA, en caso de*

¹⁰⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No.6 Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005.

que tema viajar a su país de origen- o al de reunificación, si es diferente al de origen-, por amenazas que haya recibido él o su grupo familiar”.

En este sentido, la reforma legal propuesta que regula esta materia constituye un retroceso respecto de la adecuada aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos ya mencionados y que ha promovido el SENAME, órgano que, dando cumplimiento al mandato constitucional del artículo 5°, inciso 2° de la Constitución, ha dado aplicación a los estándares internacionales ya mencionados en este tipo de procedimientos y ha colaborado con la labor que desempeñan los tribunales de familia en esta materia en el ámbito de su competencia, según se da cuenta en los antecedentes del Oficio Circular ya mencionado.

Durante la tramitación de este Proyecto de Ley, como respuesta a las indicaciones que se presentaron para incorporar las distintas observaciones planteadas por la Corte Suprema, la Defensoría de la Niñez, UNICEF y otras organizaciones de la sociedad civil en relación a la omisión de las atribuciones que le caben a los tribunales de familia en esta materia y la ausencia de garantías procesales en el artículo 132 propuesto, el Subsecretario del Interior, Juan Francisco Galli, señaló ante la Comisión de Hacienda del Senado que como gobierno compartían el objetivo “*de que lo primero es el interés superior del niño, abriéndose distintas opciones, siendo la primera para el Estado el retorno asistido del menor, con protección, no como sanción. **La diferencia se plantea en que el Gobierno no quiere que se usen como medio para que adultos pidan autorizar su ingreso porque un menor ha sido admitido regularmente en el país. El tribunal no debe resolver la condición migratoria sino la forma de protegerlo, añadió.** Por ello, puntualizó, la diferencia con el texto propuesto es que no se abra paso a la utilización del menor y que el tribunal no se pronuncie sobre la condición migratoria del menor”¹⁰⁶.*

En este sentido, resulta evidente que la justificación para la mantención de la norma impugnada y omitir explicitar el rol que debieran cumplir los tribunales de familia – de acuerdo con la normativa vigente y una adecuada comprensión de sus competencias establecidas en el artículo 76 de la Constitución –, dista del objetivo constitucional legítimo de velar por el interés superior de NNA en situación de vulnerabilidad y asegurar su protección. Por el contrario, la omisión de las garantías procesales propuestas, según lo hizo presente el Subsecretario del Interior, se fundaría en aparentes

¹⁰⁶ Así consta en informe de Comisión de Hacienda del Senado de 10 agosto de 2020.

razones de seguridad interna y la necesidad de impedir el ingreso de sus padres o familiares adultos, lo que tampoco tendría relación con la competencia que le corresponde a los tribunales de familia en esta materia y que se buscaba explicitar en las indicaciones que el oficialismo rechazó.

Esta argumentación para justificar las deficiencias del texto legal impugnado carece de toda razonabilidad y desconoce la existencia de la obligación de protección que el Estado debe brindar a todo NNA de acuerdo con lo que exigen los artículos 5° inciso 2° y 19 N°1 y 2 de la Constitución, junto con el grave perjuicio que la disposición impugnada podría significar para un grupo que se encuentra en una situación extrema de vulnerabilidad y desprotección. El cumplimiento de esta obligación de protección, a su vez, no puede ser condicionado a la necesidad de adoptar medidas de seguridad respecto de sus familiares adultos, según ha planteado el gobierno, las que, igualmente, la administración podría legítimamente adoptar conforme a las demás disposiciones del Proyecto de Ley, sin necesidad de afectar los derechos de NNA que ya se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

En consecuencia, al discutir esta norma, debió haberse considerado que, según lo ha precisado el Comité de Derechos del Niño *“el retorno al país de origen podrá decidirse, una vez ponderados debidamente el interés superior del menor y otras consideraciones, si estas últimas están fundadas en derechos y prevalecen sobre el interés superior del menor (...) Los argumentos no fundados en derechos, por ejemplo, los basados en la limitación general de la inmigración, no pueden prevalecer sobre las consideraciones fundadas en el interés superior”*¹⁰⁷.

De acuerdo con los argumentos planteados, es evidente que el artículo propuesto que regula el procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados, sin precisar las garantías procesales mínimas correspondientes y desconociendo las facultades de los tribunales de familia en esta materia, infringe la obligación de protección que el Estado debiera otorgar a cualquier NNA en situación de vulnerabilidad, conforme a lo que exigen los artículos 2, 3, 6, 12 y 25 de la Convención de Derechos del Niño y los artículos 1°, 5°, inciso 2°, 19, N°1, 2, 3 y 76 de la Constitución Política.

¹⁰⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General No.6 Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen CRC/GC/2005/6, septiembre de 2005.

Específicamente, el artículo 132 incumple las normas constitucionales y estándares internacionales ya mencionados, la legislación interna y la interpretación e instrucciones adoptadas por la autoridad administrativa a cargo de la protección de NNA, al disponer el texto propuesto que “Este procedimiento deberá iniciarse en el plazo más breve posible, que en ningún caso podrá superar los tres meses desde el ingreso del niño, niña o adolescente no acompañado al territorio nacional” y al señalar que “El retorno asistido sólo podrá suspenderse por razones de fuerza mayor y deberá reanudarse una vez que dicha causa haya sido superada”.

Adicionalmente, la norma propuesta infringe lo que dispone el artículo 19, N°3 de la Constitución y la obligación del Estado de precisar las garantías procesales de este tipo de procedimientos que afecten derechos fundamentales mediante normas de rango legal, al disponer que “[L]as condiciones bajo las cuales se implementará dicho procedimiento serán establecidas en el reglamento”.

Así también, al establecer que los niños, niñas y adolescentes no acompañados o autorizados “quedarán bajo la tuición de la autoridad encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes mientras dura el procedimiento de retorno asistido”, la norma vulnera lo que disponen los artículos 19, N°2 y 76 de la Constitución, en tanto esta es una materia que debe ser resuelta por los tribunales de familia, los que están facultados para establecer las medidas de protección que requiera el debido resguardo del interés superior de NNA, de acuerdo a lo que establece el artículo 8° de la Ley N°19.968.

Todas estas omisiones son relevantes, en tanto estatuyen un nuevo régimen para el retorno asistido de niños, niñas y adolescentes, que no se conforma con la normativa constitucional, a diferencia del que se encuentra actualmente vigente que – sin perjuicio de ser perfectible – al menos garantiza la intervención de tribunales, el derecho a la defensa y la preponderancia del interés superior de NNA, a la vez que no infringe normas fundamentales como la reserva legal y el ámbito jurisdiccional de los Tribunales. La declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado bajo ningún respecto acarreará – como quizás podría sugerir una lectura superficial del artículo – una lesión de mayor envergadura constitucional, pues lejos de dejar en la desprotección a los niños, niñas y adolescentes, los mantendría sujetos a un régimen más respetuoso de sus derechos fundamentales.

9.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional el artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no pueda convertirse en ley.

10 Artículo 133, dos oraciones finales: infracciones al principio de reserva legal en materia de libertad ambulatoria y al principio de tipicidad aplicable al Derecho Administrativo Sancionatorio

El artículo 133 regula la forma de disponer la expulsión de los extranjeros, las que deben dictarse en virtud de una causal determinada. Sin embargo, la parte final del artículo (las dos últimas oraciones) entregan al Subsecretario del Interior la potestad de expulsar a extranjeros sin una causa legal definida, sino meramente por “razones de seguridad interior o exterior”, que calificaría él mismo, por sí y ante sí. Transcribimos a continuación el artículo en su integridad, ennegreciendo únicamente la parte impugnada:

“Artículo 133.- Forma de disponer la medida. Las medidas de expulsión de extranjeros serán impuestas por resolución fundada del Director Nacional del Servicio. El Director Nacional del Servicio, por resolución, podrá designar las regiones del país en las cuales las medidas de expulsión de titulares de permanencia transitoria serán impuestas por los directores regionales respectivos. Sólo en el caso que al afectado por la expulsión no le fuere aplicable lo prescrito en los incisos segundo y tercero del artículo 91, previamente a la dictación de la medida deberá ser notificado en conformidad al artículo 148 y tendrá un plazo de diez días para presentar sus descargos respecto de la causal de expulsión invocada. En la notificación señalada precedentemente o en los incisos segundo y tercero del artículo 91, se le informará al extranjero que, de aplicarse la medida de expulsión, podrá, conforme a la legislación aplicable, designar un mandatario que lo represente en defensa de sus derechos laborales y o previsionales, así como en el cumplimiento de sus obligaciones pendientes. **Excepcionalmente, y sólo en casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior, podrá disponer el Subsecretario del Interior, mediante resolución fundada, la medida de**

expulsión de extranjeros. El acto administrativo de este último deberá establecer el plazo de prohibición de ingreso al país, que corresponda de acuerdo al artículo 137.”

El precepto impugnado, contenido en las dos últimas oraciones (en negrecidas) infringe gravemente la reserva legal en materia de restricción de derechos fundamentales, que además, en lo que a libertad personal y ambulatoria se refiere, es especialmente estricta. De hecho, tanto la ley de extranjería actualmente vigente como las demás disposiciones del proyecto de ley en cuestión establecen un sistema de expulsión reglado (es decir, en base a causales legales específicas). Dicho de otro modo, salvo por esta facultad contenida en la parte final del artículo 133, es la ley la que califica los motivos de expulsión, no el Subsecretario discrecionalmente.

De convertirse en ley, este precepto consagrará una diferencia en el sistema de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros, estableciendo una habilitación indeterminada para que el Subsecretario expulse sin causa legal definida. Adicionalmente, abrirá la puerta a la invocación arbitraria de estas razones de seguridad, insuficientemente desarrollados por la ley, también en vulneración de la reserva legal estricta en materia de libertad personal y ambulatoria.

10.1 Historia legislativa del precepto impugnado

De acuerdo con lo que se detalla en el Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, la norma que regulaba esta materia, el artículo 124 del Proyecto original, no contemplaba la facultad del Subsecretario para decretar la expulsión por motivos de seguridad interna o externa. Esta modificación fue introducida mediante una indicación del Ejecutivo, la que fue aprobada por la Comisión ya indicada.

En este informe se detalla como fundamento de la indicación propuesta que *“el Presidente de la República tiene la obligación de resguardar el orden público, la seguridad interior y la soberanía nacional, de acuerdo al artículo 24 de la Constitución Política de la República. En ese entendido, es comprensible que se entregue al Subsecretario del Interior la facultad de disponer medidas de expulsión por las causales que expresa la norma del proyecto en discusión, ya que las que dispone el Director del Servicio son aquellas fundadas en antecedentes de orden técnico. La idea es que el Ejecutivo tenga las herramientas suficientes para que, en aquellos casos excepcionalísimos, se pueda tomar una decisión basada en las causales expuestas”*.

La norma ya referida fue votada por separado en la Cámara de Diputados en la Sesión n°85, de 8 de octubre de 2020, en tercer trámite constitucional, por la petición de parlamentarios de oposición, siendo aprobada por 78 votos a favor y 63 votos en contra.

10.2 Vicios de inconstitucionalidad del precepto impugnado

La presente norma se encuentra contenida dentro del Título VIII del Proyecto de Ley, denominado “De la Expulsión y el Retorno Asistido”. En ella se regulan, en primer lugar, aspectos relativos a la competencia y a la forma en que la autoridad migratoria debe aplicar la sanción de la expulsión de extranjeros del territorio nacional, señalando al efecto que esta medida debe ser dictada por el Director Nacional del Servicio Nacional de Migraciones a través de una resolución fundada, facultad que puede ser delegada en los directores regionales del mismo Servicio, en el caso de infracciones cometidas por ciertos extranjeros.

A continuación, esta norma establece el derecho del extranjero afectado a presentar sus descargos en contra de la medida de expulsión, cuando no le haya sido aplicable el procedimiento a que se refieren los incisos 2° y 3° del artículo 91 del Proyecto de Ley, esto es, aquel que le permite presentar descargos durante un procedimiento administrativo de rechazo o de revocación de un permiso de residencia.

Finalmente, el artículo 133 establece una facultad especial para el Subsecretario del Interior, que le permite **dictar órdenes de expulsión en casos calificados, por razones de seguridad interior o exterior, imponiendo además plazos de prohibición de ingreso al país a los afectados**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 137 del Proyecto.

Esta última parte del artículo en comento es la que puede ser calificada de inconstitucional, por las razones que se señalarán a continuación. Como se aprecia, esta norma establece **una excepción en relación con sistema reglado de motivos de expulsión** contenido en otros artículos del Proyecto, las que tipifican las hipótesis fácticas en virtud de las cuales es posible imponer esta grave medida sancionatoria en contra de personas extranjeras en Chile.

En efecto, cada una de estas hipótesis están contenidas de forma reglada en los siguientes artículos del Proyecto: (a) **artículo 91 inciso 4°** (causal de expulsión por no dar cumplimiento a una orden de abandono); (b) **artículo 127** (causales de expulsión aplicables a extranjeros que son titulares de un permiso de permanencia transitoria o que carecen de cualquier permiso para residir legalmente en el

país); (c) **artículo 128** (causales que permiten la expulsión de extranjeros que son titulares de un permiso de residencia); (d) **artículo 131** (causales de reconducción o devolución inmediata); y (d) **artículo 132** (causales de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes).

Adicionalmente, la norma contenida en la parte final del artículo 133, permite al Subsecretario del Interior, al momento de decidir acerca de la expulsión de un extranjero, **esquivar aquel proceso considerativo a que alude el artículo 129 del Proyecto**, y que obliga a la autoridad a tener en cuenta una serie de factores que podrían desaconsejar la aplicación de una medida de expulsión por resultar desproporcionada o incluso atentatoria contra principios tan relevantes para nuestro ordenamiento jurídico como la unidad familiar o el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Como es fácil advertir, lo que ha pretendido la norma que se impugna por este acto es **reservar a la Administración un espacio de máxima discrecionalidad dentro del cual la autoridad migratoria puede aplicar sanciones expulsoras al margen del sistema consagrado legalmente**, es decir, permitir que el Subsecretario del Interior expulse, sin ninguna limitación, a cualquier persona extranjera que se encuentre en alguna situación no contemplada en la ley, invocando para ello únicamente indeterminadas “razones de seguridad interior o exterior”.

Es importante destacar que el ejercicio de esta facultad por parte del Subsecretario del Interior, tal como quedó consagrada la norma en la etapa final de tramitación del Proyecto de Ley, **se sustrae incluso del control de legalidad de la Contraloría General de la República**, al haberse eliminado de este artículo, durante su discusión parlamentaria, aquella frase que obligaba a someter estas decisiones al trámite de toma de razón.

La inconstitucionalidad de esta norma del Proyecto radica en una doble infracción a la Carta Fundamental: la vulneración al **principio de reserva legal estricta que establece su artículo 19 N° 7 letra a) en materia de libertad personal**, y la afectación al **principio de tipicidad propio del Derecho Administrativo Sancionador, que emana de su artículo 19 N° 3 inciso final**.

10.2.1 Infracción de la reserva legal absoluta en materia de restricciones a la libertad personal y ambulatoria (artículo 19 N°7, letras a y b)

La expulsión de una persona del territorio nacional supone una indiscutible afectación de su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución, y de manera específica, a su derecho a la libertad ambulatoria establecido en su literal a), puesto que supone principalmente

una perturbación y una privación del derecho a residir y a permanecer en territorio nacional. Lo anterior se verifica con mayor fuerza si se considera que la expulsión viene acompañada de una prohibición de ingreso al país, de acuerdo a lo dispuesto en la parte final del artículo en cuestión, que además supone una privación del derecho constitucional a entrar al territorio nacional.

Según el artículo 19 N°7 letra a) de la Carta Fundamental, “[l]a Constitución asegura a todas las personas: (...) 7°.- El derecho a la libertad personal y a la 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”.

Si bien es cierto que el ejercicio de la libertad ambulatoria no es absoluto, sino que admite ciertas limitaciones, de acuerdo a este precepto éstas pueden ser únicamente de dos clases: (a) aquellas que nacen del respeto por los derechos de los demás, que son una exigencia del bien común y que impiden a su titular utilizar su derecho en perjuicio de otro; y (b) aquellas que provienen de una norma jurídica expresa que, en el caso de este derecho, **sólo puede encontrarse contenida en una de rango legal**.

La historia constitucional nos muestra que **la reserva legal en esta materia fue querida expresamente por el constituyente**, si se tiene que cuenta que, a propósito de la posibilidad de restringir el ejercicio del derecho a la libertad personal en cualquiera de sus formas, “[e]l texto primitivo de la Carta de 1925 aludía a la obligación de guardar “los reglamentos de policía”, concepto vago que fue reemplazado mediante la ley de reforma constitucional N°17.398, de 1971, y que el actual texto recoge”.¹⁰⁸

Dada la importancia que tiene para nuestro sistema jurídico la libertad personal, de la que la libertad ambulatoria es una “consecuencia y expresión”,¹⁰⁹ la doctrina constitucional autorizada ha explicitado que **en este ámbito esta reserva legal tiene un carácter absoluto**. Así, por ejemplo, José Luis Cea, ha dicho que “[i]mpera en la materia el principio de reserva legal **con cualidad absoluta**. Jamás por decreto u otra normativa inferior es procedente contemplar conceptos, requisitos, impedimentos o

¹⁰⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008), “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, p. 19.

¹⁰⁹ Ídem., pp. 17-18.

*trámites en la especie. En otras palabras, trátase de un asunto delicado, para cuya normativa se exige por la Constitución el mayor grado de certeza o seguridad posibles, circunstancia que justifica la reserva legal fuerte que hemos destacado. **Queda excluida, por ende, la delegación de facultades legislativas en el tópico, así como el desempeño de la potestad reglamentaria por el Primer Mandatario***".¹¹⁰ (Énfasis añadido).

En la misma dirección, Humberto Nogueira ha señalado: "*Sólo la ley y nadie más que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física. Sólo el legislador formal (el Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. [...] **La reserva de ley en esta materia es de carácter absoluta**, por lo que ninguna afectación de la libertad personal puede efectuarse legítimamente sin estar prevista en la ley*".¹¹¹ (Énfasis añadido).

En el caso de la parte final del artículo 133 del Proyecto, resulta evidente la infracción a este principio, puesto que esta norma delega en el Subsecretario del Interior la posibilidad de determinar **los motivos por los que una persona puede ser expulsada**. Si la reserva legal estricta que rige en este ámbito no admite delegación al reglamento, menos todavía puede hacerlo a la discrecionalidad de la autoridad política para fijar la causal de una expulsión en un caso concreto.

Existe una diferencia sustancial entre admitir la discrecionalidad en el ejercicio de una potestad bien determinada, y admitir la fijación discrecional de causales de expulsión, caso a caso, por parte de una autoridad administrativa. No basta que la ley nombre como causal valores constitucionales como la seguridad interior o exterior para cumplir con este requisito de determinación. Por el contrario, la reserva legal absoluta exige que sea el legislador, y nadie más que él, quien establezca **las hipótesis normativas de aplicación de las restricciones al ejercicio del derecho**.

10.2.2 Infracción al principio de tipicidad aplicable al Derecho Administrativo Sancionatorio

En íntima relación con lo señalado precedentemente, debe decirse que la parte final del artículo 133 del Proyecto infringe también el principio de tipicidad que establece el artículo 19 N°3, inciso final de la Constitución, según el cual "*[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*". En efecto, como señala Humberto Nogueira, "**[I]a**

¹¹⁰ CEA EGAÑA, José Luis (2012), Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Segunda Edición, Santiago, p. 260.

¹¹¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002), "La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno", Revista de Derecho, Vol. XIII, p. 164.

reserva de ley debe ir acompañada del principio de tipicidad, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal”.¹¹² (Énfasis añadido).

No existe duda acerca de que esta norma constitucional es aplicable, no solo en el ámbito penal, sino también respecto de las facultades sancionatorias que ejerce la Administración, entre ellas, las que permiten a la autoridad migratoria expulsar a personas extranjeras del país.

Sobre este punto, cabe tener presente que este Tribunal Constitucional ha sostenido que *“los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”*.¹¹³ En el mismo sentido, la Corte Suprema ha reconocido una *“unidad del poder sancionador del Estado -más allá de las naturales diferencias entre sanciones administrativas y penales-”* y una *“necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto de garantías”*.¹¹⁴

Desde esta óptica, resulta evidente que la parte final del artículo 133 del Proyecto, que apodera al Subsecretario del Interior con una facultad discrecional amplia para determinar los motivos por los que podría expulsarse a una persona del territorio nacional, fundado solo *“en razones de seguridad interior o exterior”*, es discordante con el principio de tipicidad, ya que **no permite conocer con anterioridad ni siquiera el núcleo esencial de aquellas conductas concretas que se sancionarán con esta grave medida**.

Una facultad como esta, que entrega a la autoridad política la posibilidad de determinar jurídicamente el alcance de los conceptos indeterminados de seguridad interior o exterior, con el objeto de hacer efectiva la expulsión de un sujeto de derechos del país, acarrea una **notoria inseguridad jurídica** que pone en riesgo el ejercicio del derecho a la libertad ambulatoria. La tipicidad, según jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, requiere *“la precisa definición de la conducta que la ley considera*

¹¹² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002), “La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno”, Revista de Derecho, Vol. XIII, p. 164.

¹¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N°244, de agosto de 1996, considerando 9°. Jurisprudencia reiterada por fallos posteriores: sentencia rol N°479, de 8 de agosto de 2006, considerando 5°; sentencia rol N°480, de 27 de julio de 2006, considerando 57°; y sentencia rol N°1518, de 2010, considerando 6°.

¹¹⁴ CORTE SUPREMA, sentencia rol N°3357-2009, de 10 de septiembre de 2009, considerando 7°.

*reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto con la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”.*¹¹⁵

De todo lo expuesto, es posible concluir que la parte final del artículo 133 del Proyecto que se impugna mediante este requerimiento contiene una norma inconstitucional, por infringir tanto el principio de reserva legal que debe operar en materia de libertad ambulatoria, como el principio de tipicidad, que rige en la determinación de cualquier clase de sanción administrativa, por lo que esta norma debe eliminarse del texto del Proyecto.

A lo anterior se suma el plazo que puede imponer el Subsecretario conforme al inciso 4° del artículo 137 que faculta al Subsecretario del Interior para fijar prohibiciones de ingreso de hasta 30 años. Esta norma será objeto de impugnaciones en el apartado siguiente. Con todo, permítasenos incorporar al análisis del artículo 133 lo contemplado en el 137, en la medida que actúa como complemento indispensable. En efecto, la norma contenida en el artículo 133 no sólo faculta al Subsecretario a expulsar a extranjeros sin causa legal determinada, sino que también a definir discrecionalmente cuál será el plazo de prohibición de ingreso, contando para ello con el “techo” más alto: 30 años. Esto es, más alto inclusive que para los delitos más graves (condenados/imputados por delitos terroristas, de lesa humanidad, trata de personas, narcotráfico, homicidio, violación, prostitución infantil, entre otros), a los que se asigna un máximo de 25 años, de conformidad con el artículo 137 N°1 en relación con el artículo 32 nos. 1 y 5.

En definitiva, los artículos 133 y 137 configuran una regla que otorga una potestad discrecional al Subsecretario, desproporcionada en términos de restricción de derechos fundamentales, incoherente con la regulación de las mismas reglas e incluso con las instituciones establecidas en el propio proyecto de ley, que correctamente instituyen un sistema de expulsión reglada.

10.3 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional las dos oraciones finales del artículo 133 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)** – que establece “Excepcionalmente, y sólo en casos

¹¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 244, de agosto de 1996, considerando 10°.

debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior, podrá disponer el Subsecretario del Interior, mediante resolución fundada, la medida de expulsión de extranjeros. El acto administrativo de este último deberá establecer el plazo de prohibición de ingreso al país, que corresponda de acuerdo al artículo 137.” –, de modo que no puedan convertirse en ley.

11 Artículo 137 inciso 4°: infracción al principio de proporcionalidad constitucional (artículo 19 N°2)

El artículo 137 determina los plazos de prohibición de ingreso para aquellos extranjeros que hayan sido expulsados del territorio nacional. Así, según la gravedad de la causal de expulsión, las prohibiciones de ingreso tendrán diferentes máximos: 25 años (para condenados/imputados por delitos terroristas, de lesa humanidad, trata de personas, narcotráfico, homicidio, violación, prostitución infantil, entre otros), 20 años (condenados por crimen), 10 años (condenados por simple delito) ó 5 años (infracciones migratorias que no sean delito); y un mínimo de 3 años. Sin embargo, el inciso 4° permite que, cuando el Subsecretario expulse en virtud del artículo 133, aplique la mayor de las prohibiciones: 30 años.

Transcribimos el artículo completo a continuación, ennegreciendo únicamente el inciso 4° impugnado:

“Artículo 137.- Disposición de prohibición de ingreso. La medida de prohibición de ingreso podrá disponerse por un plazo determinado y será formalizada mediante resolución exenta del Director Nacional del Servicio. Estas prohibiciones podrán ser suspendidas o revocadas de oficio o a petición de parte.

La determinación del plazo de prohibición de ingreso se fijará de conformidad a las siguientes reglas:

1. El plazo podrá ser de hasta veinticinco años, en caso de incurrir el afectado en las causales 1 o 5 del artículo 32.
2. El plazo podrá ser de hasta veinte años si el afectado incurriere en las causales del número 6 del artículo 32 o del número 1 del artículo 33, en este último caso en lo que se refiera a crímenes, así como en los demás procedimientos en que la causal invocada correspondiere a actos calificados por la ley chilena como crimen.

3. El plazo podrá ser de hasta diez años si el afectado incurriere en la causal del número 1 del artículo 33, en lo que se refiera a simples delitos, así como en los demás procedimientos en que la causal invocada correspondiere a actos calificados por la ley chilena como simple delito o en que el afectado cometiera infracciones migratorias valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona.

4. Los plazos de prohibición de ingreso por infracciones a las normas de la presente ley y su reglamento y que no constituyan conforme a la ley chilena crimen o simple delito, no podrán exceder del plazo de cinco años, sin perjuicio de lo establecido en los numerales precedentes.

5. El plazo mínimo de prohibición de ingreso será de tres años.

Para la fijación del plazo de prohibición de ingreso, el Servicio ponderará respecto del extranjero afectado las circunstancias señaladas en el artículo 128.

La prohibición de ingreso que fije el Subsecretario del Interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 133, podrá ser de hasta treinta años.

El Subsecretario del Interior podrá autorizar el ingreso al país de personas afectas a estas prohibiciones, por una sola vez o de forma indefinida, mediante resolución exenta debidamente fundada, que justifique tal medida.

El Servicio deberá mantener en el Registro Nacional de Extranjeros las prohibiciones de ingreso y las expulsiones que se encuentren vigentes, información que estará permanentemente a disposición de la Subsecretaría del Interior, de la Policía y Carabineros de Chile, así como de los consulados y embajadas chilenas a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que sus funcionarios se abstengan de otorgar autorizaciones previas de ingreso o visas, o permisos de residencia oficial a quienes figuren en dicho Registro. En caso de que se otorgaren, prevalecerá la medida de expulsión o prohibición de ingreso.”

Esta sanción accesoria de prohibición de ingreso resulta inconstitucional: En primer lugar, la norma decae como accesoria de la potestad del Subsecretario impugnada en el apartado anterior. Además, incluso si se considerara constitucional la norma contenida en la parte final del artículo 133, la sanción de treinta años adolece, en sí misma, de falta de proporcionalidad, infringiendo el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República.

11.1 Vicios de inconstitucionalidad

En efecto, el precepto impugnado adolece de dos vicios de constitucionalidad:

(i) En primer lugar, la facultad del 133 (que da origen a este inciso 4 de este artículo) infringe la reserva legal, como dijimos más arriba. Las reglas de los artículos 133 y del 137 deben ser analizadas como una habilitación legal al Subsecretario para expulsar por una causal indeterminada y absolutamente discrecional, a la vez que definir la extensión de la prohibición de ingreso, pudiendo esta exceder incluso los plazos de las prohibiciones establecidas para los delitos más graves. Ambas, reglas que no satisfacen los criterios de tipicidad y proporcionalidad, según se vio en el apartado anterior.

(ii) La sanción es absolutamente desproporcionada. La causal más grave de expulsión (del N°1 de este artículo) merece 25 años de prohibición de ingreso, 5 menos que en el caso de la facultad del Subsecretario. La norma remite al artículo 32, nos. 1 y 5 (condenados o procesados, imputados, acusados o perseguidos judicialmente en el extranjero, por pertenecer o financiar a movimientos o grupos terroristas; condenados en Chile o en el extranjero, o se encuentren en procesos judiciales pendientes en el extranjero, por los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes o de armas, lavado de activos, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, lesa humanidad, genocidio).

En otras palabras, la prohibición de ingreso más grave es de 25 años, frente a personas condenadas por crímenes de especial gravedad (delitos de lesa humanidad, terrorismo, delitos contra la seguridad exterior e interior, narcotráfico, tráfico y trata de migrantes, homicidio, violación, abuso sexual, delitos sexuales contra NNA, etc.). La pregunta que debe hacerse este Excmo. Tribunal al analizar la norma contenida en el artículo 137 inc. 4° es ¿qué podría ser más grave que los delitos contemplados en el artículo 32, nos. 1 y 5, que justifique una autorización especial para el Subsecretario y además conceda un plazo de prohibición mucho más amplio que el ya establecido para los delitos más graves? Esto nos lleva a una segunda pregunta que expone los serios déficits por parte del proyecto de ley en la delimitación de las potestades que regula. En efecto ¿cómo podría una expulsión dictada por el Subsecretario discrecionalmente, sin invocar causal alguna sino sólo su facultad residual, merecer un castigo más duro sin que exista ninguna claridad por el tipo de circunstancias que podrían dar lugar a ese tipo de sanción?

En definitiva, los artículos 133 y 137 configuran una regla que otorga una potestad discrecional al Subsecretario, desproporcionada en términos de restricción de derechos fundamentales, incoherente con la regulación de las mismas reglas e incluso con las instituciones establecidas en el propio proyecto de ley, que correctamente instituyen un sistema de expulsión reglada.

11.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional el inciso 4° del artículo 137 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no pueda convertirse en ley.

12 Artículo 135, plazo de 72 horas: infracción del artículo 19 N°7 letra c) y del artículo 5° inc. 2°

El artículo regula el procedimiento de ejecución de las órdenes de expulsión dictadas por la autoridad migratoria. A propósito de este, habilita a la policía a privar de libertad al extranjero por un plazo máximo de 72 horas. Este plazo es manifiestamente contrario a la Constitución, que en su artículo 19 N°7 letra – en que consagra el derecho a la libertad personal y la seguridad individual – establece que “si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado”, siendo sólo un juez quien puede decretar arrestos más prolongados. Devela, además, una enorme desproporción, pues en materia penal, el Código Procesal Penal reduce todavía más este plazo a 24 horas. Adicionalmente, va contra el criterio imperante de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de detención por expulsión que, desde el caso Cuartel Borgoño, han limitado jurisprudencialmente a 24 horas el plazo máximo de detención.

Transcribimos el artículo del Proyecto de Ley íntegramente, ennegreciendo sólo la parte impugnada: en el inciso 1°, la frase “por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas” y en el inciso 2° la expresión que va desde “el afectado por una medida” y hasta “Posteriormente,” (incluida la coma).

“Artículo 135.- Ejecución de la medida de expulsión. Una vez que se encuentre a firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión, se podrá someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad **por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas**. Esta medida sólo podrá practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la Policía, dando cumplimiento a los estándares sanitarios y de habitabilidad adecuados habilitadas especialmente al efecto, separados entre hombres y mujeres e independientes de las

instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales y dando cumplimiento a los estándares de salud, higiene y habitabilidad que establecerá el reglamento. En ningún caso se aplicará esta medida a niños, niñas o adolescentes.

En todo caso, **el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridas setenta y dos horas desde el inicio de la privación de libertad. Posteriormente**, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”

12.1 Vicios de inconstitucionalidad

12.1.1 Privación de la libertad personal sin control judicial obligatorio

El inciso primero de la presente disposición autoriza a la autoridad migratoria a restringir o privar la libertad personal de una persona migrante, administrativamente, sin intervención de un juez que controle la legalidad de dicha medida *ex ante* ni *ex post*. El que la comisión de una infracción de carácter administrativo involucre la privación de libertad de un extranjero, y además sin control judicial, constituye una grave anomalía que no se ajusta a los estándares constitucionales en materia de potestad sancionadora de la Administración del Estado, ni a los estándares internacionales en materia de protección de los derechos de las personas privadas de libertad.

En efecto, se trata de una hipótesis de afectación al derecho a la libertad personal y la seguridad individual (artículo 19 N°7 letra c) y artículo 5° inciso segundo) que no tiene parangón en el Derecho chileno. Únicamente durante una situación de excepcionalidad constitucional tal como el Estado de Sitio, es posible identificar un caso semejante, en la medida que el Presidente de la República se encuentra facultado para arrestar a personas sin orden judicial previa, de conformidad al artículo 43 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

El proyecto de Ley de Migración y Extranjería que aquí nos ocupa concede un alto grado de discrecionalidad a la autoridad migratoria en ejercicio de sus potestades. Esto se agrava si consideramos la posibilidad de detener administrativamente a extranjeros sin la exigencia de control judicial de dicha medida, dando lugar a posibles abusos y afectaciones a los derechos fundamentales de los migrantes detenidos. Aunque la legislación nacional concede al Juez de Garantía el control de la detención, estos juzgados se han declarado incompetentes argumentando que el extranjero no tiene

la calidad de imputado según lo define el artículo 7º del Código Procesal Penal¹¹⁶. Además, los recintos policiales en los que se mantienen personas extranjeras detenidas a la espera de materializarse sus órdenes de expulsión no han cumplido con las condiciones mínimas de higiene y seguridad para quienes son trasladados allí, como ha sido conocido en varias ocasiones por la Corte Suprema de Justicia¹¹⁷. Sin control judicial de por medio, nadie constata que la resolución que ordena la expulsión se encuentre efectivamente firme y ejecutoriada. Tampoco hay quien constate que la detención no supere el plazo máximo, ni que proceda en el domicilio del afectado o dependencias especiales de la Policía que cumplan con los estándares básicos que aseguren una estancia digna.

La expulsión conlleva, por su propia naturaleza, una dimensión coactiva que indudablemente supone una afectación del derecho a la libertad personal del extranjero afectado, y que se evidencia claramente en el caso de la detención migratoria¹¹⁸. El que no haya intervención judicial antes o durante la detención ha sido detectado por la doctrina nacional como un rasgo problemático de la legislación de extranjería vigente (D.L. N°1.094 de 1975) desde el punto de vista de su conformidad con la garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, el proyecto de nueva Ley de Migración y Extranjería que aquí nos ocupa, da continuidad a este rasgo del sistema de detención migratoria. Es más, el artículo 135 inciso segundo del proyecto de ley autoriza a detener administrativamente a una persona migrante hasta en dos ocasiones, si no se materializara la expulsión durante la primera de ellas.

Aunque el texto de la Constitución ha dejado abierta la posibilidad de que distintos sujetos sean habilitados para dictar órdenes de detención, al señalar que “*éstas deben provenir de un funcionario público expresamente facultado por la ley*”, el legislador ha ido eliminando paulatinamente las disposiciones que permitían ordenar la detención a personas distintas del juez, para cumplir con los estándares internacionales en materia de derechos humanos¹¹⁹. En materia de control durante la

¹¹⁶ DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia (2016): “¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?”, en *Revista Chilena de Derecho*, n° 43, v. 1, p. 203.

¹¹⁷ Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N° 1651-2013, Carlos Andrés Marín Angarita (y otros) contra Jefatura Nacional de Extranjería, Policía de Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, sentencia de 9 de marzo de 2013.

¹¹⁸ DELLACASA, Francisco José y HURTADO, José María (2015): *Derecho Migratorio Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 168.

¹¹⁹ FALCONE SALAS, Diego (2012): “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, p. 434.

detención, tanto el ordenamiento constitucional como el orden jurídico internacional ofrecen razones para exigirlo tan pronto como se prive de libertad a una persona, sin importar si dicha detención se produce en un contexto penal o no. Como veremos, resulta arbitrario que se apliquen resguardos más vigorosos para la detención penal, que involucra la comisión de hechos delictivos, que para la detención migratoria que apenas involucra la comisión de infracciones de carácter administrativo.

12.1.2 Infracción de estándares constitucionales en materia de actividad sancionatoria de la Administración del Estado

Al tratarse de una medida desfavorable emanada de la Administración, cabe aplicar a la detención migratoria en el contexto de una medida de expulsión los estándares que la jurisprudencia constitucional ha ido estableciendo en materia de potestad sancionatoria administrativa. En repetidas ocasiones, y con el fin de extender la garantía de los derechos fundamentales de los administrados, este Tribunal Constitucional ha adoptado un concepto amplio de sanción administrativa, incluyendo en él a todo acto desfavorable que emane de la Administración, con independencia de su finalidad castigadora o reaccional. Así, se ha considerado como sanciones administrativas, actos que se pronuncian desfavorablemente sobre un determinado permiso, o actos que sin tener por objeto castigar, buscan el restablecimiento del orden jurídico quebrantado¹²⁰.

Uno de los estándares constitucionales básicos en esta materia ha sido el que no puede privarse de la libertad personal a una persona administrativamente, sino que esta medida es siempre competencia de los Tribunales de Justicia, debido a la intensidad de la afectación de derechos que la misma involucra. Este Tribunal Constitucional ha sostenido que, aunque el texto de la Constitución, en su artículo 19 n° 7 letra c), “*permite al legislador facultar a la autoridad administrativa para hacer arrestar o detener a alguna persona, también requiere la intervención judicial en estos casos, en orden a que el detenido sea puesto a disposición del juez en un plazo determinado*”¹²¹. En otras palabras, “*la disponibilidad sobre la pérdida de libertad tiene un carácter judicial, sin perjuicio del carácter*

¹²⁰ Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 747-07, considerando 5°, en que se ha entendido que actos emanados de la Administración del Estado sin un fin castigador, tales como el otorgamiento o denegación de una concesión o un permiso de telecomunicaciones, tienen igualmente la naturaleza de sanción administrativa. Lo mismo puede decirse a propósito de la sentencia Rol N° 38 de 1986, en la cual se han considerado como sanción administrativa algunas medidas que tienden al restablecimiento del orden jurídico sin un carácter reaccional.

¹²¹ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N°1518-09 de 21 de octubre de 2010, considerando 21°.

*administrativo de la decisión de expulsión y de ejecución de la misma*¹²². Así lo ha sostenido este tribunal en la sentencia Rol N° 1518-09, al plantear que resulta contraria a la Constitución una medida que consiste en “*un verdadero apremio ilegítimo, al importar una pena privativa de libertad impuesta por la vía administrativa y sin que previamente exista una instancia jurisdiccional que revise dicha actuación*”¹²³.

En efecto, la detención migratoria involucra una privación de libertad ordenada administrativamente, y sin intervención de un tribunal de justicia que la ordene *ex ante* o que controle su legalidad *ex post*, lo que supone una anomalía en el Derecho chileno. La posibilidad de actuar unilateralmente y sin intervención judicial previa está reconocida a la Administración del Estado para el cumplimiento de sus fines, en la medida que su actividad no compromete, por lo general, la libertad ambulatoria de las personas, a diferencia de lo que ocurre con las sanciones penales. De hecho, un criterio frecuentemente invocado para distinguir a la actividad sancionadora administrativa es que ésta involucra la afectación de derechos de naturaleza patrimonial o las posiciones jurídicas de naturaleza estatutaria, más no la libertad individual¹²⁴. Sin embargo, estamos en presencia de una hipótesis anómala, que no puede sustraerse de la vigencia plena de las normas constitucionales.

Los fines que persigue la actividad de la Administración no pueden justificar, en ningún caso, exceder los límites impuestos por la Constitución a la potestad administrativa sancionadora. El robustecimiento de los estándares constitucionales en esta materia debe también proteger a las personas migrantes, en la medida que estas tienen la calidad de administrados respecto de los cuales el Estado ejerce, entre otras, potestades administrativas sancionatorias. La plena igualdad en la titularidad de los derechos reconocidos por el artículo 19 de la Constitución así lo exige. En consecuencia, las medidas que involucren la privación de libertad de una persona son competencia propia de los Tribunales de Justicia, de acuerdo al artículo 19 N° 7 c) de la Constitución.

¹²² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XIII, p. 176.

¹²³ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia Rol N°1518-09 de 21 de octubre de 2010, considerando 22°.

¹²⁴ CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2012): “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIX, p. 356.

12.1.3 Infracción de estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad

La Convención Americana de Derechos Humanos, tratado internacional ratificado por Chile y vigente de conformidad al artículo 5 inciso segundo de la Constitución, establece en su artículo 7.5 que “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...)*”. Se trata de una disposición que tiene por objeto evitar detenciones ilegales o arbitrarias, en la medida que la intervención judicial permite verificar la observancia del conjunto de garantías de la libertad personal, incluyendo el examen de licitud de la privación de libertad¹²⁵.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el caso Cabrera García y Montiel Flores con México que “*(...) el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia*”¹²⁶. De igual manera, en el caso López Álvarez con Honduras ha sostenido que “*el control judicial es fundamental frente a cualquier privación de libertad practicada por autoridades administrativas o policiales*”¹²⁷. Mismas consideraciones pueden hallarse en otras sentencias dictadas por dicha Corte, como en el caso Bámaca Velásquez con Guatemala¹²⁸ y en el caso Villagrán Morales y otros con Guatemala¹²⁹.

La aplicación de este estándar internacional no se extiende exclusivamente a aquellas personas privadas de libertad en el contexto de un proceso penal. Por el contrario, la jurisprudencia de la Corte

¹²⁵ CASAL, María Jesús (2014): “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coordinadores), *Convención Americana de Derechos Humanos Comentada*, México D.F.: Suprema Corte de Justicia de México y Fundación Konrad Adenauer, p. 195.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores con México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 93.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez con Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafos 64 y 88.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez con Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 140.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”) con Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 135.

Interamericana de Derechos Humanos ha abonado a la conclusión de que la primera parte del artículo 7.5 es aplicable a toda privación de libertad, incluida la de un extranjero detenido en el contexto de una medida de expulsión¹³⁰. Así queda en evidencia a partir de lo establecido en el caso Vélez Loor con Panamá, en que la Corte estableció que *“esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e inmediatez procesal”*¹³¹.

En el Derecho comparado, otras modernas leyes de inmigración como, por ejemplo, la ley argentina del año 2004, han cumplido con la exigencia de intervención judicial en la detención migratoria, estableciendo que: *“Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla”*¹³². Este es un ejemplo claro del modo en que nuestro legislador debiera regular la detención migratoria de un modo respetuoso de los estándares constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos.

En consecuencia, corresponde declarar inconstitucional el inciso primero del proyecto de artículo 135 en cuestión, hasta que el legislador no incorpore en su redacción la necesaria intervención de los Tribunales de Justicia, autorizando *ex ante* la privación de libertad del extranjero cuya expulsión se encuentre firme y ejecutoriada, y/o controlando *ex post* la legalidad de la medida adoptada. Lo contrario supone una afectación de lo dispuesto en el artículo 19 n° 7 literal c) y del artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, en tanto los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes integran el bloque de normas constitucionales que vinculan al legislador en el ejercicio de sus funciones.

¹³⁰ CASAL, María Jesús (2014): “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coordinadores), *Convención Americana de Derechos Humanos Comentada*, México D.F.: Suprema Corte de Justicia de México y Fundación Konrad Adenauer, p. 196.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor con Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párrafo 107.

¹³² Ley de Migraciones de Argentina, 2004, artículo 70° inciso 1.

12.1.4 **Infracción del plazo máximo constitucional de detención establecido en el artículo 19 N°7 letra c) de la Constitución Política de la República**

El inciso primero del artículo 135 del proyecto de ley establece, además, que la detención del extranjero expulsado procederá “*por un plazo que no puede ser superior de setenta y dos horas*”. Se trata de un proyecto de norma que infringe los estándares constitucionales en materia de privación de la libertad individual, específicamente en lo relativo a la duración máxima de la misma previo a la intervención de un juez. En materia del derecho a la libertad personal y la seguridad individual (artículo 19 n° 7), existe una regulación constitucional clara, que establece determinados contenidos mínimos estimados particularmente importantes, y por lo mismo, han sido elevados a un rango superior al legal¹³³. Entre estos contenidos mínimos, se haya el establecimiento de plazos máximos para la detención de una persona.

La Constitución, sin realizar diferencias entre nacionales y extranjeros, establece que la duración máxima para la detención de una persona no puede superar veinticuatro o cuarenta y ocho horas, dependiendo de si se trata de una detención por delito flagrante o de una detención previa orden de autoridad. En primer lugar, en el caso de la detención por delito flagrante, se cuenta con un máximo de veinticuatro horas para poner al detenido ante el juez, de conformidad al artículo 19 n° 7 letra c) inciso primero. En segundo lugar, en cambio, en el caso en que “*la autoridad hiciera arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado*”, esto de conformidad al artículo 19 n° 7 letra c) inciso segundo del texto constitucional. Fuera de estos dos supuestos, no existe en el texto de la Constitución Política de la República norma alguna que autorice al legislador a establecer una detención que se extienda por un tiempo superior a veinticuatro o cuarenta y ocho horas, como sucede en el caso que nos ocupa.

A este respecto, el profesor Alejandro Silva Bascuñán ha señalado que, de conformidad a la historia fidedigna de la referida norma constitucional: “*los plazos a que se refiere el precepto únicamente se aplican a los casos en que la autoridad administrativa o policial arreste o detenga, ya sea que actúe por orden judicial, ya sea que lo haga en caso de delitos flagrantes o en las demás situaciones en las que el ordenamiento jurídico le permite hacerlo, con el solo objeto de que, a la brevedad, se ponga a*

¹³³ FALCONE SALAS, Diego (2012): “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, p. 461.

*disposición del juez la persona afectada, todo ello con el objeto de velar porque se resguarden en mejor manera sus derechos*¹³⁴.

Tal como puede advertirse a partir de lo aquí expuesto, estamos en presencia de un caso de detención en que se excede el plazo máximo establecido por la Constitución, en la medida que no existe disposición constitucional alguna que autorice a mantener privada de libertad a una persona hasta por setenta y dos horas, además sin intervención judicial. Debe tenerse presente que *“la detención deja al imputado en una situación de precariedad, dado que se encuentra bajo el control de sus aprehensores, de quienes depende completamente, tanto en lo que dice relación con la preservación de su vida e integridad, como respecto a la posibilidad de ejercer sus garantías judiciales”*¹³⁵. La práctica ha demostrado que han existido excesos por parte de la autoridad administrativa en materia de detención migratoria, tal como quedó en evidencia a propósito del tristemente célebre “Caso Cuartel Borgoño”, en que la Corte de Apelaciones de Santiago constató que muchas personas migrantes eran detenidas de manera indefinida, con una prolongación *“carente de juridicidad, racionalidad, de justificación y que sobrepasa toda proporcionalidad”*¹³⁶. Es por ello que la brevedad de los plazos debe garantizarse, para la menor afectación posible de los derechos fundamentales del afectado.

Como hace años advirtió el profesor Humberto Nogueira, *“la detención de un extranjero para determinar su posible expulsión del territorio nacional no puede sustraerse al plazo máximo de detención preventiva de 48 horas, sin ser puesto a disposición judicial, aunque no es una detención preventiva de carácter penal o criminal, ya que en el caso penal, la decisión sobre la suerte del detenido la determina el juez, mientras la expulsión, posterior a la detención, es de resorte de la autoridad gubernativa, actuando en un interés específico estatal y no como mero auxiliar de la justicia.*

¹³⁴ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, De los Derechos y Deberes Constitucionales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 39-40.

¹³⁵ FALCONE SALAS, Diego (2012): “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVIII, p. 475.

¹³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia Rol N°1651-2013, Carlos Andrés Marín Angarita (y otros) contra Jefatura Nacional de Extranjería, Policía de Investigaciones de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 9 de marzo de 2013.

*Ahora, como la detención constituye una privación de libertad, la decisión de su legalidad o arbitrariedad tiene un carácter jurisdiccional, incluyendo el derecho a la acción de hábeas corpus*¹³⁷.

También se debe tomar en consideración lo que indicó la Oficina Regional del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la que, al analizar esta norma, precisó lo siguiente: “Por otra parte, en relación con el artículo 135 que contempla la detención por motivos migratorios por un término de hasta 72 horas, hacemos presentes las conclusiones y recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes que señalan que “la privación de libertad por motivos relacionados con la migración (...) debe imponerse como medida de último recurso, únicamente durante el período más breve posible y cuando no exista una medida menos restrictiva” y que “las razones alegadas por los Estados para justificar la privación de libertad deben estar claramente definidas y enumeradas exhaustivamente en la legislación. Un Estado solo podrá imponer, como medida de último recurso, la privación de la libertad con fines de control de la inmigración en un caso determinado si la persona afectada presenta un riesgo de fuga o representa un peligro para sí misma o para la seguridad pública”¹³⁸

Asimismo, en este informe, recuerda “la recomendación formulada por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) en el sentido de analizar el Proyecto de Ley “a la luz del principio de progresividad de derechos humanos, en aras de determinar si el plazo ahí establecido lo respeta, así como analizar la posibilidad de control judicial de la legalidad de la detención y el establecimiento de condiciones mínimas de detención”. Lo anterior cobra relevancia, si se tiene en cuenta que la regulación actual del ordenamiento jurídico chileno en la materia, expresada en los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia, contempla que el plazo máximo de detención por motivos migratorios no puede superar las 24 horas¹⁶, por lo cual el Proyecto de Ley supone un retroceso en este sentido”¹³⁹.

¹³⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XIII, p. 176.

¹³⁸ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina Regional, Chile. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Boletín N°8970-06. Tercer Trámite Constitucional. Comisión Mixta. P.6

¹³⁹ ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Oficina Regional, Chile. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Boletín N°8970-06. Tercer Trámite Constitucional. Comisión Mixta. P. 6

En consecuencia, la detención hasta por setenta y dos horas que establece este artículo del proyecto de Ley de Migración y Extranjería, incumple con lo relativo a las normas que constituyen su estatuto constitucional. No existe una justificación suficientemente razonable ni se trata de una medida proporcional, el que a las personas migrantes expulsadas por haber cometido infracciones de carácter administrativo se les apliquen estándares menos exigentes en materia de protección de su derecho a la libertad personal que a las personas detenidas en el contexto de la comisión de un ilícito penal. En la medida que el derecho a la libertad personal se encuentra reconocido por la Constitución a “*todas las personas*”, de conformidad al encabezado de artículo 19, no es posible aplicar garantías distintas a nacionales y extranjeros privados de libertad.

Además, el inciso final del artículo 135 impugnado establece que, si el plazo de setenta y dos horas resultara insuficiente para la ejecución de la medida de expulsión, el afectado podrá ser privado de libertad por una segunda vez, “*únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas*”. Es decir, durante la primera detención la privación de libertad puede extenderse hasta por setenta y dos horas, y durante la segunda detención hasta por cuarenta y ocho horas. Esta diferencia en los plazos, evidencia que, para el cumplimiento de los fines perseguidos, el plazo de setenta y dos horas es excesivo, puesto que puede ejecutarse la expulsión en un plazo menor. En consecuencia, no se cumple con la exigencia de idoneidad y necesidad de la privación de libertad, siendo posible acotar la duración de la detención para una menor afectación de los derechos fundamentales.

Corresponde, por lo tanto, declarar la inconstitucionalidad de la frase “*por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas*” del inciso primero, y la oración “*el afectado por una medida de expulsión que se encuentre privado de libertad conforme a las disposiciones de este artículo será dejado en libertad si la expulsión no se materializa una vez transcurridas setenta y dos horas desde el inicio de la privación de libertad*”, del inciso final. El legislador debe ajustar esta disposición a lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución Política de la República, estableciendo como plazo máximo uno que, en ningún caso, supere las cuarenta y ocho horas.

12.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional la frase “por un plazo que no puede ser superior a setenta y dos horas”**

del inciso 1° y la expresión que va desde “el afectado por una medida” y hasta “Posteriormente,” del inciso 2°, ambas del artículo 135 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06), de modo que no pueda convertirse en ley.

Para una más fácil lectura de lo solicitado, se transcribe a continuación cómo quedaría el artículo, sin las expresiones impugnadas:

“Artículo 135.- Ejecución de la medida de expulsión. Una vez que se encuentre a firme y ejecutoriada la resolución que ordena la expulsión, se podrá someter al afectado a restricciones y privaciones de libertad. Esta medida sólo podrá practicarse en el domicilio del afectado o en dependencias de la Policía, dando cumplimiento a los estándares sanitarios y de habitabilidad adecuados habilitadas especialmente al efecto, separados entre hombres y mujeres e independientes de las instalaciones destinadas a personas detenidas por otras causas legales y dando cumplimiento a los estándares de salud, higiene y habitabilidad que establecerá el reglamento. En ningún caso se aplicará esta medida a niños, niñas o adolescentes.

En todo caso, el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”

Como se puede apreciar, la declaración de inconstitucionalidad de las frases que impugnamos tendrá por efecto mantener los plazos de detención y, por ende, las afectaciones de la libertad personal de las personas migrantes, dentro de los límites constitucionales; siendo a la vez deferentes con el legislador dentro de ese marco que le obliga.

13 Artículo 175, incisos 1° segunda parte y 2°: privación del derecho a sufragio (artículo 14) y distinción arbitraria (artículo 19 N°2, ambos de la Constitución)

Este artículo es, en realidad, una norma interpretativa constitucional, toda vez que define el sentido de la expresión “avecindamiento” contenida en el artículo 14 de la Constitución (que exige 5 años de avecindamiento a los extranjeros para poder ejercer el derecho a sufragio). La primera parte del inciso 1° (que no se impugna) establece la regla de conteo que aparentemente habría imperado para las últimas elecciones: se contabilizarán desde la obtención de un permiso de residencia. En cambio, la segunda parte del inciso 1° y el inciso 2° final establecen que la contabilización del plazo se interrumpe

(es decir, se pierde el tiempo transcurrido) si el extranjero pierde, por cualquier motivo, la categoría de residente (por ejemplo, por no haber obtenido a tiempo la prórroga); a la vez que excluyen arbitrariamente a los trabajadores de temporada.

Para mayor claridad, se transcribe a continuación el artículo en su totalidad, ennegreciendo únicamente la parte impugnada (primera parte del inciso 1° y la totalidad del inciso 2°):

“Artículo 175.- Del avecindamiento. Para efectos de ejercer el derecho de sufragio de acuerdo a lo señalado por el artículo 14 de la Constitución Política de la República, el avecindamiento se contabilizará desde que el extranjero obtiene un permiso de residencia temporal. La pérdida de la categoría migratoria de residente pondrá término al periodo de avecindamiento y ocasionará la pérdida de todo el tiempo transcurrido hasta esa fecha para los efectos de este artículo. Lo anterior es sin perjuicio que, en caso de obtener un permiso de residencia con posterioridad, se comience a contabilizar un nuevo periodo de avecindamiento para estos efectos.

Para los efectos de este artículo, se excluye la subcategoría de trabajadores de temporada señalada en el número 4 del inciso tercero del artículo 68 inciso segundo del artículo 70.”

Como veremos, los preceptos impugnados contravienen la noción de “avecindamiento” que estableció la Constitución, que fue expresa e intencionadamente una idea material y no jurídica; a la vez que podría resultar regresivo, impidiendo la votación en procesos electorarios próximos a quienes probablemente ya hayan ejercido este derecho recientemente (octubre 2020 y noviembre 2020). Adicionalmente, excluye a los trabajadores de temporada, lo que constituye una discriminación arbitraria.

13.1 Vicios de inconstitucionalidad

13.1.1 Privación del derecho a sufragio de extranjeros que actualmente lo poseen de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 14 de la Constitución Política de la República

Las personas extranjeras pueden ejercer el derecho a sufragio de acuerdo a lo que dispone el artículo 14 de la Constitución: *“[L]os extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley”.*

Adicionalmente, el Artículo 6 del DFL 5 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley n°18.556, orgánica constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y servicio electoral dispone que *“los extranjeros señalados en el artículo 14 (...) serán inscritos en el Registro Electoral desde que se acredite que cumplen los requisitos de edad y vecindamiento exigido por el inciso cuarto del artículo 13 o por el artículo 14 de la Constitución Política de la República, según corresponda”*.

A su vez, de acuerdo a lo que ha observado la doctrina respecto del alcance de la norma constitucional que consagra el artículo 14, y, en consonancia con lo que establece el artículo 15: *“[E]l derecho a sufragio del extranjero se encuentra revestido de las mismas características que el correspondiente al ciudadano chileno en cuanto a que es personal, igualitario y secreto”*¹⁴⁰.

En cuanto al concepto de “avecindamiento” que habilita para ejercer el derecho a sufragio, de acuerdo a lo que consta en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (Sesión N° 413 del 20 de septiembre de 1978), este término debería interpretarse en su sentido natural, como sinónimo de “arraigo”, “habitar” o de “vivir” en Chile¹⁴¹, y no exige requisitos formales adicionales como la obtención de un permiso de residencia.

La doctrina, en similar sentido, ha sostenido que el avecindamiento debiera ser equivalente al domicilio civil. Según lo que sostiene Francisco Jiménez: *“al exigir el artículo 14 de la Constitución que el extranjero se encuentra avecindado en Chile ha querido exigir domicilio civil en nuestro territorio”*¹⁴²

Además, de acuerdo con lo que establece el artículo 59 del Código Civil, el domicilio debe entenderse como “la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”, mientras

¹⁴⁰ Jiménez, Fernando (1989). “Derechos políticos del extranjero.” Revista Chilena de Derecho (1989): 259-266. <https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/16960/000304581.pdf>

¹⁴¹ De acuerdo a lo que se expresa en dichas actas: *“El señor GUZMAN (...) pregunta si habría inconveniente en usar la palabra “avecindamiento”, porque no es demasiado jurídica ni precisa y probablemente se podrían presentar las mismas dificultades prácticas que cuando se estudió la nacionalidad. El señor EVANS le parece que no hay duda alguna, porque puede existir, respecto de un extranjero que no resida efectivamente en el país, una situación de domicilio comercial a domicilio presunto que haga que pueda exigir el derecho de sufragio en Chile una persona que no está realmente viviendo en el país. **Agrega que lo que se quiso es, para emplear el término más corriente, el “arraigo”, el “habitar” o el de “vivir” en Chile, como requisito de la ciudadanía.** Le parece que el mismo requisito es el que se exige ahora, para que la ley pueda otorgar el derecho. De manera que emplearía el mismo término y quizás, como dice el señor Silva Bascuñán, con mayor razón, porque en el otro caso se trata de hijo de chileno”*.

¹⁴² Jiménez, Fernando (1989). “Derechos políticos del extranjero.” Revista Chilena de Derecho (1989): 259-266. <https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/16960/000304581.pdf>

que el artículo 60 del mismo cuerpo legal se refiere al domicilio político como el “relativo al territorio del Estado en general” y que su constitución y efectos “pertenecen al derecho internacional”.

Al interpretar estas normas, Jiménez precisa que: *“El Código Civil definió los conceptos de domicilio civil y de domicilio político mucho antes incluso que el constituyente de 1925, señalando que el primero es el relativo a una parte determinada del territorio del Estado y el segundo, es relativo al territorio del Estado en general y el que lo tiene o adquiere es o se hace miembro de la sociedad chilena aunque conserve la calidad de extranjero; su constitución y efectos pertenecen al Derecho Internacional, y como el Derecho Internacional suscrito por Chile es el Código Bustamante que remite esta situación a la legislación jurídica interna se aplican en consecuencia todas las demás normas del Código Civil al domicilio político. De conformidad a las normas expresadas, **“el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determinan su domicilio civil o vecindad”**”*

En similar sentido, Juan Pablo Beca sostiene que **“el criterio para otorgar el derecho a sufragio es el pertenecer a la comunidad política, entendida esta no como una cuestión de estatus jurídico como sería la ciudadanía, sino como un hecho, al habitar en territorio chileno durante cinco años al menos”**¹⁴³.

De acuerdo a lo ya señalado, el artículo 14 de la Constitución establece que las personas extranjeras podrán ejercer el derecho a sufragio una vez cumplidos 5 años de avecindamiento, debiendo computarse este plazo desde que la persona comienza a habitar o vivir en el país y constituya su domicilio en este territorio, y no, desde la obtención de un permiso de residencia.

Por su parte, contraviniendo lo que establece la Constitución, la norma impugnada establece que el cómputo de plazo de avecindamiento se contará desde la obtención de una residencia temporal. Adicionalmente, la norma indica que este plazo se interrumpirá si una persona extranjera pierde la categoría migratoria de residente.

De esta manera, la norma del artículo 175, impide que personas que tengan más de 5 años de avecindamiento sean consideradas en el padrón electoral, si es que hubiesen perdido su calidad de residentes por cualquier motivo en el transcurso de estos 5 años. Esta norma se podría aplicar incluso

¹⁴³ Beca, Juan Pablo. (2019). Ciudadanía y migración. ¿Son compatibles? Estudios constitucionales, 17(2), 193-224. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002019000200193>

en aquellos casos en que las personas obtengan un nuevo permiso de residencia después de haber perdido el permiso anterior, sin abandonar el territorio nacional, o logren revocar, por la vía judicial o administrativa, una decisión administrativa que los haya privado de su visa de residencia. Además, la norma dispone que, en caso de perder la categoría de residente, perderá también “todo el tiempo transcurrido hasta esa fecha”.

En conformidad a lo anterior, el solo incumplimiento de las normas reglamentarias que regulan las subcategorías de residencia, de acuerdo a lo que establece el artículo 70 del Proyecto de ley o un error en la calificación de sus antecedentes, podría ser motivo suficiente para que una persona extranjera vea limitada su posibilidad de ejercer el derecho a sufragio al ser excluido del padrón electoral, pese a cumplir con el requisito de 5 años de avecindamiento que exige el artículo 14 de la Constitución.

Para ilustrar el alcance de esta restricción, es pertinente señalar que una persona extranjera que habita en el país podría perder su categoría de “residente” por distintos motivos, entre ellos, por no contar con un contrato de trabajo que permita la renovación de su permiso de residencia, en caso de divorcio de la persona de la que era dependiente para los efectos de la obtención de su permiso de residencia, o, simplemente, por el error en la entrega o recepción de la documentación que se le podría exigir para renovar su permiso de residencia, entre otras hipótesis posibles.

Otro aspecto problemático de la norma se observa en su inciso final, que establece una limitación adicional respecto de aquellas personas que obtengan una visa de residencia como trabajadores de temporada. En particular, la norma del artículo 175, inciso final excluye del cómputo del plazo de avecindamiento a la subcategoría de residencia de trabajadores de temporada, lo que también resulta contrario a la norma constitucional que regula el derecho a sufragio de las personas extranjeras y el principio de igualdad ante la ley, en tanto no resulta una distinción razonable y necesaria.

En cuanto a los estándares de derecho internacional que rigen esta materia, de acuerdo a lo que establece el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁴, es legítimo que los

¹⁴⁴ Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

Estados establezcan ciertas limitaciones al ejercicio del derecho a sufragio y en particular, a los no nacionales. Sin embargo, estas limitaciones deben entenderse como una excepción a la regla general de ejercicio universal, por lo que han interpretarse y aplicarse en sentido estricto. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

“La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones [...] La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo”¹⁴⁵.

También, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al interpretar el alcance y contenido del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha señalado:

“11. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo. Cuando se exige que los votantes se inscriban, su inscripción debe facilitarse, y no deberán ponerse obstáculos para efectuarla. Si, para hacer la inscripción, existen requisitos relativos al lugar de residencia, éstos serán razonables y no deberán imponerse de forma que impidan a las personas que carezcan de vivienda ejercer su derecho de voto”¹⁴⁶

En este sentido también, en el marco de la discusión en torno a si los extranjeros podían votar en el plebiscito en el que se decidirá la adopción de una nueva Constitución, la Mesa Técnica

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C no. 127, párr. 206.

¹⁴⁶ Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).

Constituyente¹⁴⁷ declaró que *"no debe olvidarse que, como ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia constitucional, la Constitución es un todo armónico y debe interpretarse de forma coherente con sus otras disposiciones sin que sea razonable leer aisladamente algunas de sus normas. Desde esta perspectiva, y como lo ha sostenido el Tribunal Calificador de Elecciones en numerosas ocasiones, los extranjeros residentes en Chile con derecho a voto, por cumplir los requisitos de vecindamiento, forman parte de la ciudadanía electoral e interpretaciones restrictivas no pueden limitar el ejercicio de sus derechos"*¹⁴⁸

Contradiendo estos estándares, el texto propuesto del artículo 175 contiene una interpretación restrictiva de la norma constitucional que regula el derecho a sufragio de las personas extranjeras, excluyendo a ciertas personas extranjeras de su ejercicio, al imponer requisitos adicionales al de 5 años de vecindamiento, los que carecen de una justificación razonable y no se ajustan al mandato constitucional del artículo 14, según se detalló anteriormente.

13.1.2 Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, por la vía del establecimiento de una discriminación arbitraria, proscrita por el artículo 19 N°2

La norma del artículo 175 infringe los principios de igualdad de la ley y no discriminación, al excluir a ciertas personas extranjeras de la posibilidad de ejercer el derecho a sufragio, esto es, personas que no hayan logrado obtener legalmente su residencia temporal, quienes hayan perdido provisoriamente su categoría de residente temporal y quienes hayan residido en Chile con visa de residencia de trabajador de temporada, pese a cumplir con el requisito constitucional de 5 años de vecindamiento en Chile. De esta manera, la norma impugnada limita el ejercicio del derecho a sufragio de ciertas personas extranjeras, quienes, pese a vivir en el país por más de 5 años, podrían verse excluidos del padrón electoral, sin ninguna justificación constitucionalmente legitimada.

Otro elemento que se debe considerar al evaluar la constitucionalidad de la norma impugnada, es que la exclusión generada por este tipo de restricciones del ejercicio del derecho a sufragio de las personas extranjeras afecta, no sólo a los individuos excluidos, sino que al desarrollo efectivo de la democracia,

¹⁴⁷ Instancia definida en el Acuerdo por la Paz, conformada por representantes de las distintas fuerzas políticas que concurrieron a él, cuyo objeto fue determinar los aspectos necesarios para materializar el acuerdo en un proyecto de ley que viabilice el plebiscito y la elección de una instancia convencional constituyente.

¹⁴⁸ <https://www.latercera.com/politica/noticia/mesa-tecnica-nueva-constitucion-refuta-dichos-del-presidente-del-servel-asegura-extranjeros-pueden-votar-plebiscito/959238/>

al vulnerar el valor esencial de igualdad sobre el que se funda. En este sentido, según observa Pablo Marshall, el valor del sufragio como derecho fundamental tiene doble faz. Por un lado, permite a las personas asumir su rol en la deliberación de los asuntos comunes, reconociéndoles su calidad de ciudadanos libres e iguales. Por otro, permite que los asuntos de la comunidad sean decididos por la gran mayoría de la población, en vez que por unos pocos. Consecuentemente, este autor plantea que *“[L]a decisión de excluir a un individuo de la comunidad política tiene que ser una decisión consiente de parte de la comunidad y calificada por razones de importancia relativamente alta”*¹⁴⁹. A continuación, agrega que *“[l]os derechos de libertad democrática, la igualdad de los derechos políticos de cooperación, forman parte de ese núcleo no disponible para la decisión democrática mayoritaria”, ya que en ellos descansan las condiciones procedimentales de la formación democrática de la voluntad política*¹⁵⁰.

Esta idea también ha sido plasmada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá. En particular, en el reconocido fallo *Sauvé v. Canadá*, al declarar inconstitucional la legislación que suspendía el derecho al voto de toda persona encarcelada que cumpliera una condena de dos años o más. En esta sentencia, el máximo tribunal canadiense consideró que este tipo de restricciones al ejercicio del derecho a sufragio *“(...) mina la legitimidad del gobierno, su eficacia y el Estado de Derecho (...) Va en contra del mensaje de que todos son iguales y que todos tienen derecho al respeto ante la ley; que todos importan. Es más probable que erosione el respeto por el Estado de Derecho a que lo fortalezca, y es más probable que afecte el cumplimiento de los objetivos de disuasión y rehabilitación de la pena, a que los favorezca”*¹⁵¹.

Además, al referirse a la justificación esgrimida por el gobierno canadiense para imponer este tipo de restricciones, la Corte Suprema canadiense consideró que *“[L]a nueva teoría política del gobierno, que permitiría a los representantes electos privar de su derecho al voto a un sector de la población, no tiene lugar en una democracia construida sobre principios de inclusión, igualdad y participación ciudadana. (...) Es más, el argumento según el cual sólo quienes respetan la ley deben participar en*

¹⁴⁹ Marshall, Pablo (2011), “La ciudadanía en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico*. Santiago: Legal Publishing, pp. 273-285

¹⁵⁰ *Ibíd.*

¹⁵¹ Corte Suprema de Canadá. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] Disponible en: https://www.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files/archivos_libros/Sentencias%20Relevantes%20de%20Cortes%20Extranjeras%20No.%202.pdf

los procesos electorales es inaceptable. Negar el derecho al voto por una supuesta ausencia de valor moral es incompatible con el respeto a la dignidad humana, que se encuentra en el corazón de la democracia canadiense y de la Carta”¹⁵².

De acuerdo a lo ya señalado, resulta evidente que la restricción legal que excluye del padrón electoral a ciertas personas extranjeras que tengan más de 5 años de vecindamiento en Chile sólo por el hecho de no contar con un permiso de residencia ininterrumpido o por haber obtenido un permiso de residencia de la subcategoría de trabajador de temporada en este periodo, contradice el principio de igualdad que funda nuestra democracia, de acuerdo a lo que establecen los artículos 19, n°2 de la Constitución, y el reconocimiento de la igual dignidad de las personas que habitan en nuestro territorio, sin que exista una habilitación constitucional ni justificación razonable que fundamente este tipo de limitación para el ejercicio del derecho a sufragio de personas extranjeras, consagrado en el artículo 14 de la Constitución.

13.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional el precepto impugnado, que va desde la expresión “La pérdida de la categoría migratoria de residente” del inciso 1° y hasta el punto final del artículo 175 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06), de modo que no pueda convertirse en ley.**

14 Artículo 176, número 17: infracción del principio de servicialidad del Estado y el derecho a la igualdad ante la ley

El artículo 176 del Proyecto de Ley contiene normas que afectan a diversos cuerpos legales, incluida la derogación del Decreto Ley N°1.094 por el numeral primero. El numeral impugnado – el número 17 – introduce modificaciones al estatuto de las libertades condicionales, estableciendo que los

¹⁵² Ibid.

extranjeros condenados a presidio mayor **no podrán optar al beneficio de libertad condicional** sino que, en su lugar, se les aplicará la medida de expulsión. En efecto, establece el artículo 176 número 17 del proyecto de ley (impugnado en su totalidad):

Artículo 176.- Modificaciones de otras normas.

(...)

17. Intercálase en el decreto ley N°321, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, el siguiente artículo 2° bis, nuevo:

“Artículo 2° bis.- Los extranjeros condenados a penas de presidio y reclusión mayores, que postulen y califiquen para la concesión del beneficio de libertad condicional, serán expulsados del territorio nacional, manteniéndose la internación del condenado hasta la ejecución de la misma, a menos que, fundadamente, se establezca que su arraigo en el país aconseje no aplicar esta medida, según lo determine un informe técnico evacuado por el Servicio Nacional de Migraciones al tenor del artículo 129 de la ley de migración y extranjería.

La Comisión de Libertad Condicional deberá decidir sobre el asunto, oficiando por el medio más expedito posible al Servicio Nacional de Migraciones y a la Policía de Investigaciones de Chile para que ésta última ejecute la medida dentro de un plazo máximo de 30 días corridos.

Los extranjeros así expulsados no estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 6° y no podrán regresar al territorio nacional en un plazo de hasta veinte años. Si infringieren esta última disposición dentro del plazo de 10 años, deberán cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.”.

En otras palabras, esta norma consagra una prohibición de obtener la libertad condicional a personas que cumplirían con todas las condiciones para hacerlo (y que, por tanto, ha mostrado avances significativos en el proceso de reinserción social), por el sólo hecho de ser extranjeros. No sólo eso, sino que obliga a que, en su lugar, sean expulsados del territorio nacional, por la Comisión de Libertad Condicional. Es decir, les impone una segunda sanción en un acto posterior a la sentencia, de una naturaleza diferente que aquella de la condena penal, infringiendo también el principio del *non bis in idem*.

14.1 Vicios de inconstitucionalidad: infracción al principio de servicialidad del Estado y al fin de la pena privativa de libertad, discriminación arbitraria y privación desproporcionada de la libertad personal

A juicio de estos requirentes, la norma analizada merece tres reproches de constitucionalidad:

En primer lugar, la expulsión del extranjero – enjuiciado en sede penal chilena – implica la negación del mérito demostrado por la persona condenada en su proceso de reinserción social, esto es: deja vacío de contenido el compromiso declarado en cuanto al fin de las penas privativas de libertad. Esto resulta problemático por dos razones. Primero: si de acuerdo con el DL N°321 (art. 1°) la libertad condicional supone que la persona condenada puede demostrar “avances en su proceso de reinserción social”, pues entonces tales avances quedan convertidos en cosa inútil cuando el beneficiario de la libertad condicional es forzado a salir del territorio nacional bajo el argumento de que su presencia es nociva para el resto de la comunidad. Segundo: la expulsión a todo evento del extranjero – sin siquiera darle la posibilidad de gozar en suelo nacional del beneficio de la libertad condicional – impide practicar aquello que, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, constituye el fin de las penas privativas de libertad, a saber: la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5, N°6).

El hecho de que la norma impida de modo absoluto que se materialice la finalidad de la pena (reforma y readaptación o reinserción social de los condenados) importa una infracción, no sólo al artículo 5° inc. 2° de la Constitución (en tanto vulnera el artículo 5° N°6 de la Convención Americana antes citada), sino también el artículo 1° inciso 4°, que consagra el principio de servicialidad del Estado. En efecto, en virtud de este principio, las personas deben ser tratadas como fines en sí mismos y no como medios, de modo que el ejercicio de la soberanía estatal debe siempre tenerla como centro, respetando su igual dignidad. El precepto impugnado, al coartar la posibilidad de reinserción social de los extranjeros condenados en el país, infringe este principio, pilar del orden constitucional chileno.

En segundo lugar, la norma contempla la posibilidad de que el informe técnico generado por el Servicio General de Migraciones termine yendo en contra de las razones por las cuales se estimó que la libertad condicional sí era meritoria. Aquí la contradicción salta a la vista: mientras el informe técnico de Gendarmería sostendrá que sí es posible confiar en que la persona condenada será capaz de hacer un uso responsable de su libertad; al mismo, pero en sentido contrario, existirá otro informe -aquel del Servicio General de Migraciones- aconsejando que el Estado impida la reinserción social del

condenado dentro del suelo patrio. ¿Habría aquí algún problema de constitucionalidad? Sí, por lo menos éste: la existencia de una norma jurídica que le imponga a la autoridad la obligación de escoger el informe más desfavorable para el extranjero es, en sí misma, una decisión arbitraria que contraría el ideal constitucional del trato sin discriminaciones (art. 19, N°2).

En tercer y último lugar, la prohibición de reingreso a Chile por un plazo de veinte años equivale en los hechos a la imposición -de facto- de una pena extrañamiento (art. 34 del Código Penal). He aquí un problema de particular gravedad: esta imposición -de hecho- de un extrañamiento encubierto (decretado, encima, por vía administrativa) es contraria a los estándares constitucionales que regulan la legalidad de las penas (art. 19, N°3, inc. 8° y 9° CPR). Asimismo, la desmesura de aquella prohibición por 20 años de reingreso a Chile acaba, en la práctica, volviendo ilusorio el derecho a entrar, salir y residir en el país en los términos amplios que la Constitución lo asegura para toda persona (art. 19, N°7, letra a).

14.2 Peticiones concretas

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo anunciado al inicio de este escrito y que se reiterará al final, las diputadas y los diputados requirentes solicitamos respetuosamente a S.S. Excelentísima que **declare inconstitucional el precepto impugnado, correspondiente al numeral 17° del artículo 176 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N°8970-06)**, de modo que no pueda convertirse en ley.

Por tanto, en virtud de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 19 numerales 1°, 2°, 3°, 7° y 26°, 32, 63, 93 inc. 1° N°3 e inc. 4°, todos de la Constitución Política de la República; los artículos 61 y ss. de la Ley n°17.997 Orgánica Constitucional de esta Excma. Magistratura; y demás normas pertinentes,

A Su Señoría Excelentísima respetuosamente pedimos tener por formulado el presente requerimiento de inconstitucionalidad, admitirlo a tramitación, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo, declarando en consecuencia contrarios a la Constitución los preceptos impugnados, individualizados en lo principal de este escrito, del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín 8970-06), por las razones expresadas en los apartados respectivos.

PRIMER OTROSÍ: Para dar cumplimiento a lo dispuesto en los incisos 2° y 3° del artículo 63 de la Ley N°17.997, solicitamos respetuosamente a S.S. Excma. tener por acompañados los siguientes documentos:

- 1.- Certificado emitido por el Secretario de la Honorable Cámara de Diputados, por el que se acredita que las Honorables Diputadas y los Honorables Diputados que suscriben el requerimiento constituyen más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de dicha Corporación.
- 2.- Copias de las cédulas de identidad de los abogados patrocinantes, para efectos de lo dispuesto en el "Protocolo de presentación de escritos de mandato o patrocinio y poder" que este Excmo. Tribunal ha dictado en virtud de la actual situación sanitaria.
- 3.- Mensaje N°089-361 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, con fecha 20 de mayo de 2013.
- 4.- Informe de Comisión de Zonas Extremas de la Cámara de Diputados de 28 de noviembre de 2018
- 5.- Informe de Comisión de Gobierno Interior de la Cámara de Diputados de 7 de noviembre de 2018
- 6.- Informe de Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados de 12 de diciembre de 2018
- 7.- Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados de 11 de enero de 2019
- 8.- Oficio N° 14.470 de 16 de enero de 2019 de la Cámara de Diputados al Senado
- 9.- Informe de Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado de 20 de mayo de 2019
- 10.- Informe de Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de 22 de julio de 2019
- 11.- Diario de sesiones del Senado. Publicación oficial. Legislatura 367ª, Sesión 40ª Ordinaria, martes 13 de agosto de 2019

- 12.-Informe de Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado de 29 de abril de 2020
- 13.-Segundo informe de Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado de 11 de mayo de 2020
- 14.-Segundo informe de Comisión de Hacienda del Senado de 10 agosto de 2020
- 15.-Diario de sesiones del Senado. Publicación oficial. Legislatura 368ª, Sesión 70ª Ordinaria, miércoles 19 de agosto de 2020
- 16.-Diario de sesiones del Senado. Publicación oficial. Legislatura 368ª, Sesión 76ª Ordinaria, miércoles 26 de agosto de 2020
- 17.-Oficio N° 503/SEC/20 de 2 de octubre de 2020 del Senado a la Cámara de Diputados
- 18.-Informe de la Comisión de Gobierno Interior, Nacionalidad, Ciudadanía y Regionalización de la Cámara de Diputados de 7 de Octubre de 2020 recaído en el proyecto de ley, iniciado en mensaje, que establece nueva Ley de Migración y Extranjería, el cual cumple su tercer trámite constitucional, con urgencia calificada de "discusión inmediata". Boletín N° 8970-06.
- 19.-Boletín de Sesión 85ª especial de la Cámara de Diputados de 8 de octubre de 2020
- 20.-Informe de Comisión Mixta para Boletín N° 8970-06 de 2 de diciembre de 2020
- 21.-Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Publicación oficial, Legislatura 368ª, Sesión 110ª Ordinaria de miércoles 2 de diciembre de 2020.
- 22.-Oficio N°16.069 de 2 de diciembre de 2020 de la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados, dirigido a la Presidencia del Honorable Senado, por el que comunica la aprobación de ambas propuestas formuladas por la Comisión Mixta en tercer trámite constitucional del Boletín N°8970-06.
- 23.-Oficio N°590/SEC/20 de la Presidencia del Honorable Senado, dirigido a la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados, por la que comunica la aprobación de ambas propuestas formuladas por la Comisión Mixta en tercer trámite constitucional del Boletín N°8970-06.

- 24.-Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería Boletín N° 8970-06. Tercer Trámite Constitucional. Comisión Mixta.
- 25.-Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) “Conversatorio: Estándares de Derechos Humanos y Migración” Senado de Chile. 14 de agosto de 2020.

SEGUNDO OTROSÍ: En este acto, para todos los efectos legales y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en designar como representante en la tramitación del presente requerimiento a la **H. Diputada Catalina Pérez Salinas**. Para tales efectos, tal y como se indicó en lo principal de este escrito, se señala como domicilio la sede del Congreso Nacional en Avenida Pedro Montt, sin número, comuna y ciudad de Valparaíso, Quinta Región.

TERCER OTROSÍ: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N°17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en solicitar a Su Señoría Excelentísima disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento deducido en lo principal de este escrito.

CUARTO OTROSÍ: Adicionalmente, en atención a la especial relevancia social de la cuestión discutida, a la práctica previa instaurada por S.S.E. en casos de requerimientos anteriores y con la finalidad de que Su Señoría Excelentísima pueda resolver de mejor forma lo solicitado en este requerimiento, solicitamos respetuosamente que – en ejercicio de las atribuciones contenidas en el artículo 37 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Excma. Magistratura – disponga la realización de audiencias públicas, a efectos de que representantes de la sociedad civil, de organizaciones no gubernamentales, académicos y expertos, puedan hacer presente su parecer informado sobre lo discutido en el presente requerimiento.

0000153
CIENTO CINCUENTA Y TRES


QUINTO OTROSÍ: En este mismo acto – y para todos los efectos legales – venimos en designar como abogados patrocinantes a los señores **Patricio Zapata Larrain** (cédula nacional de identidad N°7.939.556-0), **Jaime Eduardo Gajardo Falcón** (cédula nacional de identidad N°14.138.085-0) y **Martín Bernardo Canessa Zamora** (cédula nacional de identidad N°18.639.105-5); todos domiciliados para estos efectos en calle Merced N°280, oficina 91, comuna y ciudad de Santiago. En el ejercicio de su mandato, podrán actuar indistintamente de manera conjunta o separada, en todas las etapas del proceso. Los abogados firman en señal de aceptación.

SEXO OTROSÍ: Sin perjuicio de lo señalado en lo principal y en el segundo otrosí de este escrito, solicitamos a Su Señoría Excelentísima que las resoluciones que se dicten en autos sean notificadas a los siguientes correos electrónicos: zapataconstitucional@gmail.com, gajardofalcon@gmail.com y mcanessa@uc.cl.

Patricio Zapata
7.939.556-0

Jaime Eduardo Gajardo Falcón
14.138.085-0

Martín Bernardo Canessa Zamora
18.639.105-5

AUTORIZO PODER
 Santiago 15 / 12 / 20 20



FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. CATALINA PÉREZ S.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. CLAUDIA MIX J.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. GONZALO WINTER E.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. GAEL YEOMANS A.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. GIORGIO JACKSON D.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. BORIS BARRERA M.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. CARMEN HERTZ C.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MAYA FERNÁNDEZ A.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MARISELA SANTIBÁÑEZ N.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. CAMILA ROJAS V.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. GABRIEL BORIC F.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. DIEGO IBÁÑEZ C.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. KAROL CARIOLA O.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. AMARO LABRA S.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. TOMÁS HIRSCH G.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. GUILLERMO TEILLIER D.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MIGUEL CRISPÍ S.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MAITE ORSINI P.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. JORGE BRITO H.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. ESTEBAN VELÁSQUEZ N.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. PABLO VIDAL R.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. NATALIA CASTILLO M.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. HUGO GUTIÉRREZ G.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. DANIEL NUÑEZ A.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MARCELO SCHILLING R.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. JUAN SANTANA C.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. RAÚL SALDIVAR A.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. EMILIA NUYADO A.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. FÉLIX GONZÁLEZ G.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. FLORCITA ALARCÓN R.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MARCELO DÍAZ D.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. CAMILA VALLEJO D.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. CRISTINA GIRARDI L.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. VÍCTOR TORRES J.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. GASTÓN SAAVEDRA C.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. FIDEL ESPINOZA S.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MARCOS ILABACA C.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. MANUEL MONSALVE B.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. JAIME NARANJO O.

FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. JUAN LUIS CASTRO G.


FIRMANDO DIGITALMENTE:
H.D. JENNY ÁLVAREZ V.





El Secretario General de la Cámara de Diputados que suscribe, certifica que contrastadas las firmas que rubrican la presentación para el Excmo. Tribunal Constitucional que antecede, con el Registro Oficial que se guarda en esta secretaría, ellas corresponden a las siguientes diputadas y diputados: Alarcón Rojas, Florcita; Álvarez Vera, Jenny; Barrera Moreno, Boris; Boric Font, Gabriel; Brito Hasbún, Jorge; Cariola Oliva, Karol; Castillo Muñoz, Natalia; Castro González, Juan Luis; Crispi Serrano, Miguel; Díaz Díaz, Marcelo; Espinoza Sandoval, Fidel; Fernández Allende, Maya; Girardi Lavín, Cristina; González Gatica, Félix; Gutiérrez Gálvez, Hugo; Hertz Cádiz, Carmen; Hirsch Goldschmidt, Tomás; Ibáñez Cotroneo, Diego; Ilabaca Cerda, Marcos; Jackson Drago, Giorgio; Labra Sepúlveda, Amaro; Mix Jiménez, Claudia; Monsalve Benavides, Manuel; Naranjo Ortiz, Jaime; Núñez Arancibia, Daniel; Nuyado Ancapichún, Emilia; Orsini Pascal, Maite; Pérez Salinas, Catalina; Rojas Valderrama, Camila; Saavedra Chandía, Gastón; Saldívar Auger, Raúl; Santana Castillo, Juan; Santibáñez Novoa, Marisela; Schilling Rodríguez, Marcelo; Teillier Del Valle, Guillermo; Torres Jeldes, Víctor; Vallejo Dowling, Camila; Velásquez Núñez, Esteban; Vidal Rojas, Pablo; Winter Etcheberry, Gonzal, y Yeomans Araya, Gael.

Se deja constancia que los diputados y diputadas antes señalados se encuentran en ejercicio de sus cargos y representan más de la cuarta parte de los miembros de esta Cámara de Diputados.



Miguel Landeros Perkić
Secretario General de la Cámara de Diputados

